

REVISTA
da
Faculdade de Direito da
Universidade Federal do
Rio Grande do Sul

VOLUME 11 - 1996

Universidade Federal do
Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito

R. Fac. Direito UFRGS	Porto Alegre	v. 11	p.1-209	1996
-----------------------	--------------	-------	---------	------

mne jus ex facto natum, sed ad hominem factum est
Ruy Cirne Lima

Professor Helgio Trindade - Reitor
Professor Sérgio Nicolaiewsky - Vice-Reitor

Faculdade de Direito
Professor Peter Walter Ashton - Diretor
Professor Ivo Sefton de Azevedo - Vice-Diretor

Revista da Faculdade de Direito da Univ. Fed. RS
Professor Franz August Gernot Lippert - Diretor
Jorge Cesa Ferreira da Silva - Secretário executivo

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul. - Vol. 11 - Porto Alegre : UFRGS,
1996 - Irregular - Continuação de : Revista da Faculdade de
Direito de Porto Alegre, publicada de 1949-1974.

1. Direito : Periódicos. I. Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

CDU 34(05)

Pede-se permuta
Pidese canje
We ask for exchange
On demande échange
Wir bitten um Austausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Agradecimento

A direção da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul agradece especialmente a advogada Márcia Mallmann Lippert, à bibliotecária Cleide Antonia Manfredini e aos acadêmicos Laura Beck Varela, Jaqueline Buttelli, Simoni Tatsch, Rogério Aparecido Fernandes e Giselle Margareth Pila Blankenstein, por suas colaborações.

SUMÁRIO

securitização, o mercado de capital e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada	
Peter Walter Ashton	7
Introdução às fontes e instrumentos do comércio internacional	
Maristela Basso	13
a contradicción entre la reformulación de la categoría jurídica del daño resarcible y el acceso al daño resarcible en el final del siglo XX	
Carlos Alberto Ghersi	24
Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980	
Judith Martins-Costa	40
O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980	
Vera Maria Jacob de Fradera	55
Compensação de tributos no Direito brasileiro - parte geral	
Franz August Gernot Lippert	67
a descofificación y fractura del Derecho Civil	
Ricardo Luis Lorenzetti	78
Novo lei portuária brasileira	
Wilén Manteli	94
Nullidade da lei inconstitucional e seus efeitos	
Gilmar Ferreira Mendes	97
Limitação das taxas de juros, a nível constitucional e legal, no crédito bancário	
Pedro Luiz Pozza	106
Pode-se melhorar o ensino do Direito?	
Ely Souto dos Santos	113
Autoridade pública e Mandado de Segurança	
Almiro do Couto e Silva	127
As causas da revisão dos contratos pelo juiz e o Código de Defesa do Consumidor	
Luis Renato Ferreira da Silva	145
Os contratos de "shopping centers" e as cláusulas abusivas	
Zuleika Pinto Costa Vargas	165
Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos	
Teori Albino Zavascki	177
Da Instituição do Pátrio Poder	
Carlos Silveira Noronha	193

securitização, o mercado de capital e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada

por Walter Ashton

Professor Titular de Direito Comercial e Mercado de Capitais nas Faculdades de Direito da UFRGS e da PUC/RS

1. O Brasil entrou na era moderna dos mercados de capitais e financeiros com quatro Leis, a saber: com a lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964, a lei da reforma bancária; com a lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, a lei do mercado de capitais; com a lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que criou a Comissão de Valores Mobiliários e com a lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 que passou a regulamentar as companhias ou sociedades por ações. A primeira destas leis, a lei da reforma bancária, uma das legislações mais importantes do movimento revolucionário de 1964, criou o Sistema Financeiro Nacional, o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil e o Superintendente da Moeda e do Crédito. Destes importantes diplomas legais, todos absolutamente básicos para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro, três leis tratam especificamente da criação de títulos e valores mobiliários - instrumentos de captação da poupança - e do sistema de distribuição destes títulos e valores mobiliários no mercado de capitais. Refiro-me em especial à lei nº 6.385/76 que, além de criar a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), criou também os registros junto à CVM das sociedades, companhias, emissoras e das próprias emissões. Tudo à imagem e com base na experiência haurida nos Estados Unidos da América do Norte com o "Securities Act" de 1933 e com o "Securities and Exchange Act" de 1934. Aliás a Comissão de Valores

Mobiliários brasileira corresponde à "Securities and Exchange Commission."

Sem dúvida o elenco do instrumental de captação da poupança no Brasil já é bastante sofisticado, mas ainda deixa a desejar se considerarmos o cenário mundial. Em verdade o Brasil ainda não está participando da tendência mundial de globalização e inovação dos instrumentos que viabilizam os fluxos dos mercados de capitais nacionais e internacionais bem como de simplificar e expandir os mercados e as operações financeiras.

O Brasil não participa da crescente securitização de ativos e passivos.

2. Securitização nada mais é do que a tendência mundial/internacional de concretizar e realizar movimentações de capital tanto nacionais como internacionais, através da utilização de títulos e valores mobiliários, descartando ou diminuindo a concessão, de forma tradicional, de créditos bancários (mútuos e empréstimos).

Em decorrência desta tendência de reformular os tradicionais negócios ou operações bancárias, por exemplo, no mercado financeiro, pode afirmar-se que as negociações de títulos e valores mobiliários em Bolsas de Valores, tiveram, mundialmente, um forte incremento, em termos de papéis valor ("Wertpapiere, securities, negotiable instruments"), ou seja títulos e valores mobiliários e não mais, exclusiva ou principalmente, através de créditos bancários. Securitização pode significar ainda, num segundo passo, a transformação de crédito,

bancário ou não, já negociado e acabado em securities, isto é, os créditos já negociados e firmados passam a ser representados por "securities", por títulos e valores mobiliários, dando aos créditos, antes negociados nova roupagem técnica e jurídica, viabilizando a sua comercialização no mercado de capitais ou até mesmo financeiro. As garantias e os créditos negociados e firmados que aguardam, congelados por assim dizer, o vencimento e o seu resgate/pagamento, passam a ser o lastro da nova emissão de "securities", de títulos e valores mobiliários substitutivos.

3. Esta inovação da securitização, em verdade não é tão nova assim. Já em 1989, a revista mensal "Der Monat", publicação da Swiss Bank Corporation ou Sociedade de Bancos Suíços, informava que o banco operava mais financiamentos por intermédio de títulos e valores mobiliários, do que por intermédio de créditos bancários propriamente ditos. A base econômica da securitização global encontra-se no fluxo modificado, tanto nacional como internacional, das migrações e correntes de capital. Tudo iniciou, basicamente, com excesso de capitais disponíveis da OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo). Após os choques de petróleo, de 1973 até 1981, os países da OPEP tinham acumulado um excedente de capitais da ordem de mais de quatrocentos bilhões de dólares, sem dispor, no entanto de uma estrutura bancária que lhes permitisse investir e operacionalizar este excesso. Resolveram investir então nos bancos ocidentais esta soma fabulosa de dólares e outras moedas fortes, a curto e médio prazo. Os bancos por sua vez, passaram a aplicar substancial parcela desses capitais, sob forma de créditos e investimentos, inclusive créditos securitizados, a longo prazo, em países com déficit de poupança e de capitais, principalmente países em desenvolvimento. Data desta época, por sinal, a origem das

agruras do Brasil com a sua dívida externa. Todavia a partir de 1981/1982, o quadro do fluxo de capitais se modificou dramaticamente e, em vez de serem os campeões de excesso de capital os países da OPEP, surgiram no cenário mundial novos campeões com excessos de capitais, vale dizer os países altamente industrializados: o Japão, a Alemanha, mais tarde os tigres asiáticos (Taiwan, Coreia do Sul, Cingapura) e também a Suíça, todos países com mercados de capitais fortemente desenvolvidos e uma marcante preferência por aplicações em títulos e valores mobiliários, descartando aplicações em ouro, pedras e metais preciosos. Mas também países em regime deficitário, como os Estados Unidos, optaram por utilizar, cada vez mais os mercados de títulos e valores mobiliários, incentivando a securitização, para se financiarem, utilizando para tanto suas próprias bolsas de valores e mercados de capitais como também os mercados e as bolsas internacionais.

4. Para a implantação e afirmação da securitização nos planos nacionais internos também foram muito importantes as novas tendências e opções dos poupadores, que passaram a comprar e investir em papéis de valor (ações, debêntures/bônus e outros papéis), dando forte impulso à securitização das economias nacionais européias, americana e canadense. Também as companhias seguradoras e os institutos de previdência tanto oficiais como privados complementares e fundos de pensões de sociedades por ações, como investidores institucionais nos mercados de capitais, titulares de administradores próprios de carteiras de títulos, bem como os fundos de investimentos passaram a ser fortes agentes independentes dos bancos, na definitiva implantação da opção pela securitização nos mercados de capitais e financeiros nacionais e internacionais.

5. Tecidas estas considerações preliminares sobre o fenômeno mundial da crescente

curitização das economias, dentro do contexto, por assim dizer, da adoção da curitização, ou seja, de viabilizar o acesso ao mercado de capitais às mais diversas empresas/sociedades, destaca-se a problemática da forma ou tipologia jurídica que estas sociedades que demandam o mercado de capitais através da securitização, devem revestir.

Tradicionalmente, certamente em decorrência da melhor regulamentação do taboço jurídico/legal, mais refinado, complexo e completo, a forma jurídica que as sociedades costumam revestir é a da sociedade por ações. Assim, por exemplo, nos Estados Unidos da América do Norte, onde os grandes captadores da poupança pública, através dos "investment banks" e dos "dealer pools" são as "corporations", ou seja as sociedades por ações. Assim também é em princípio, na República Federal da Alemanha, país em que o acesso ao mercado de capitais, através das bolsas, é apenas assegurado às "Aktiengesellschaften", sociedades por ações. Nesse sentido as normas alemãs contidas na Lei das Bolsas de Valores ("Boersengesetz") de 1896 e na lei das sociedades por ações. Portanto a legislação alemã restringe o acesso ao mercado de capitais às missões das sociedades por ações, ao menos em relação ao mercado de capitais operado pelas bolsas de valores. No que tange todavia ao mercado de balcão ("over the counter market"), menos sofisticado a situação legal não é nem clara nem definida na Alemanha. Proibida na Alemanha a emissão de títulos e valores mobiliários a sociedades que não sejam sociedades de capital, assim conceituada e definida a sociedade por ações, tal proibição no entanto não impediu o surgimento de sociedades de aplicação e capitais ("Kapitalanlagegesellschaften") que passaram a utilizar uma forma jurídica híbrida que combina aspectos da Gesellschaft mit beschränkter Haftung-

GmbH" - e da "Kommanditgesellschaft - KG". Trata-se da PUBLIKUMS KG ou seja da GmbH & CO. KG.

6. O surgimento da GmbH & CO. KG, ou PUBLIKUMS KG. na Alemanha, são a nosso ver a prova cabal, passível de crítica sem dúvida, mas cabal não obstante, de que há uma real demanda ou necessidade de uma nova forma jurídica societária, que, abandonando a complexa formulação e instrumentação societária da sociedade por ações, possibilite ao médio empresário também, de alguma forma, o acesso ao mercado de capitais, senão o bolsístico ao menos o de balcão.

7. Aliás esta tendência mundial de democratização, ou popularização, ou ainda, deselitização do acesso ao mercado de capitais manifesta-se não somente na Alemanha. Já desde 1960 a Comissão do Mercado Comum ("EG Kommission") esforça-se no sentido de introduzir na Comunidade Européia (hoje União Européia) uma liberalização do fluxo de capitais. Nesse sentido houve, de parte da citada comissão a emissão de uma série de diretrizes, todas dirigidas nitidamente no rumo de viabilizar uma maior liberalização do fluxo e do acesso ao mercado de capitais. Juristas alemães, entre estes: Friedrich Kuebler - Gesellschaftsrecht. C. F. Mueller, Jur. Verlag Frankfurt. 1981 e, Fritz Rittner: Wirtschaftsrecht. C. F. Mueller, Jur. Verlag Heidelberg. 1987, embora critiquem o surgimento da GmbH & Co. KG. ou PUBLIKUMS AG., não obstante reconhecem a sua força no mercado de capitais de balcão e registram a existência de ampla e importante jurisprudência do "Bundesgerichtshof" (BGH) alemão no sentido de elaborar normas ("RICHTERRECHT") para proteger os investidores, participantes de tais sociedades de aplicação de capitais, na falta de uma legislação específica, formal, protetora dos direitos desses investidores e sócios de uma GmbH & CO. KG, na quali-

dade de comanditários, ou seja "Kommanditisten".

8. Reconhecendo a atuação no mercado de capitais de balcão destas limitadas modificadas ou mudadas, deselitizadas, RITTNER assinala em sua obra que o volume operacional de tais sociedades híbridas, no mercado de balcão um tanto cinzento ("grauer kapitalmarkt"), excedeu diversas vezes, o volume operacional de movimentação de capitais do mercado tradicional dito regular. No ano de 1976 até houve uma recomendação do "Deutscher Juristentag" DJT, no sentido de motivar o Governo Federal Alemão a regulamentar melhor a aplicação de capitais por estas sociedades, sem no entanto ter logrado êxito o esforço dos juristas. Registre-se que na República Federal da Alemanha inexistia legislação especial nos moldes do "Securities Act" de 1930, "Securities and Exchange Act" de 1934 e do "Investment Company Act" de 1940.

KUEBLER por sua vez reconhece em sua obra (obra citada p. 240) que o acesso ao mercado de capitais é de fundamental importância para a vida de uma sociedade. Tal acesso, segundo KUEBLER, significa:

a) a possibilidade, do ponto de vista estrutural-político-empresarial, de uma adaptação flexibilizada da base de capital próprio da empresa às condições conjunturais em constante fluxo do mercado de capitais;

b) maior independência e autonomia do ponto de vista de política de concorrência, da enorme influência e controle dos institutos de crédito tradicionais (bancos) que usualmente são os fornecedores dos recursos (tantos deles bancos como de terceiros).

c) a possibilidade e opção, do ponto de vista de política distributiva de maior democratização do capital que controla a produção e mais intensa democratização dos meios de produção a nível médio.

A GMBH, sem dúvida, na Alemanha, vinculada à Kommanditgesellschaft, é uma

sociedade de aplicação de capitais e é também, do ponto de vista de suas características jurídicas uma sociedade de capital, uma "Kapitalgesellschaft". (KUEBLER ob. cit. p. 218 17). Já no Brasil, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada - doravante aqui denominada simplesmente de limitada - pode tanto ser, a nosso ver, uma sociedade de pessoas como de capital, dependendo a sua natureza/característica da redação e montagem do seu contrato social. A limitada é pois no Brasil um tipo societário intermediário entre as sociedades de pessoas e as duas sociedades de capital: comandita por ações (quase inexistentes) e sociedade por ações. Os quotistas de uma limitada brasileira podem optar a dar-lhe a estrutura e as características de uma sociedade de pessoas ou de uma sociedade de capital por ocasião da sua constituição ou mais tarde durante a vida ulterior da sociedade. Tal opção evidentemente vai influenciar profundamente a estrutura e o desempenho operacional e negocial da limitada. Seguidamente observa-se que muitas limitadas estão a um passo de se transformarem em sociedades por ações e muitas vezes tomam este passo, transformando-se. Aliás, a própria legislação reguladora das limitadas, o Decreto nº 3.708/1919 não reformado desde aquele ano, permite expressamente que a legislação das sociedades por ações supra e complementa lacunas e omissões do contrato social e da legislação das limitadas. Eis o que diz o artigo dezoito: "Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da Lei das Sociedades Anônimas (Hoje Sociedades por Ações, com a proibição das ações ao portador pelo Governo Collor).

No que tange ao nosso posicionamento, acima registrado, que as sociedades por quotas de responsabilidade limitada podem também ser e são sociedades de capital, temos o

palpado de grandes juristas brasileiros, tais como o Ministro Aliomar Baleeiro e o Ministro João Leitão de Abreu, ambos do Supremo Tribunal Federal cujo ponto de vista no sentido de ser a limitada uma sociedade de capital, predominou em julgamento publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 76/599. Eis alguns trechos daquele acórdão:

"... A verdadeira interpretação do novo dispositivo (artigo 134 do Código Tributário Nacional) foi dada pelo Ministro Aliomar Baleeiro, com sua autoridade de grande especialista da matéria: 'Sociedades de pessoas, no artigo 134 do CTN, são as de nome coletivo e outras que não se enquadram nas categorias de sociedades anônimas ou por quotas de responsabilidade limitada.' (Direito Tributário Brasileiro. 3ª edição p. 434).

E mais adiante: "... O Decreto nº 3.708 instituiu no Brasil esse tipo de sociedade, baseou-se nas leis portuguesa e alemã, e acentuam as características de sociedades de capitais, ao contrário da lei francesa, que preponderam os elementos pessoais..."

9. Partindo pois da convicção tranquila de que as limitadas podem ser e muitas vezes são efetivamente sociedades de capitais a um passo de transformação em sociedade por ações, damos mais um passo e sustentamos que assim sendo, podem as limitadas, dentro dos parâmetros oficiais pré-fixados pelos seguradores da transparência e da proteção dos investidores, emitir títulos e valores mobiliários no mercado de capitais de balcão, mais simples e não tão complexo e sofisticado como o operado pelas bolsas de valores.

Embora os autores brasileiros de direito societário, entre estes por exemplo, José Iwaldo Tavares Borba (Direito Societário, variação Freitas Bastos, 1986) sustentem uniformemente a impossibilidade e inconveniência das limitadas emitirem títulos e valo-

res mobiliários no mercado de capitais, não conseguimos partilhar de tal posicionamento que julgamos desnecessariamente radical e excessivamente conservador. Aliás, a posição dos doutrinadores pátrios nos parece contraditória, eis que todos admitem pronta e lisamente, o que é correto e óbvio, que as limitadas brasileiras podem ser e muitas vezes são controladoras ("holdings") e participatórias no capital de outras sociedades. Ora, se as limitadas exercem tais funções de controle e participação em relação a outras sociedades, já estão manipulando e lidando com título e valores mobiliários e portanto podem, perfeitamente, a nosso ver, as funções de sociedades captadoras de recursos de terceiros, através da emissão de títulos e valores mobiliários próprios, bem como podem desempenhar as funções de sociedades de investimentos no mercado de capitais.

10. Ao discordarmos da exclusão automática das limitadas, sociedade de capital, das operações do mercado de capitais, no mínimo do mercado de balcão, não somos nem rebeldes nem afoitos, mas apenas realistas, pois no Brasil, há construções ou utilização de institutos jurídicos muito mais surpreendentes. Por exemplo: utiliza-se a figura jurídica do condomínio (muito menos regulamentado que as limitadas) para a administração de carteiras de títulos e valores mobiliários e para administrar, no mercado de capitais, fundos de investimentos. (Ver neste sentido nossa pesquisa de tese de mestrado. "Companhias de Investimentos". Edições Financeiras, Rio 1963 e nossa tese de Livre Docência na UFRGS "A Natureza Jurídica dos Fundos Abertos de Investimentos" 1968. Editora Meridional "EMMA".) E isto com a chancela do Banco Central do Brasil, o que é correto e plenamente justificável como à época do nosso concurso público propusemos. Em outros países, as sociedades em contra de participação, de origem medieval, ser-

vem com fórmula jurídica à organização e administração de fundos de investimentos. Não impressionam pois, a nosso ver os argumentos da falta de transparência, de publicidade, de publicação de balanços, etc... nas limitadas ou a apregoada falta de suficiente arcabouço organizacional, ou até mesmo de ausência de normas de proteção especial aos potenciais investidores compradores de títulos e valores mobiliários eventualmente emitidos por limitadas sociedades de capital no mercado de capitais de balcão. Também não impressiona a restrição legal contida na Lei nº 6385/76, lei que criou a Comissão de Valores Mobiliários e que em seus artigos 21, § 1º e 22 reserva a emissão de títulos e valores mobiliários às COMPANHIAS - sociedades por ações portanto - registradas perante a CVM. Tal restrição pode ser modificada facilmente uma vez quebrado o tabu tradicional e conservador que apenas sociedades por ações podem emitir títulos e valores mobiliários, "securities", Wertpapiere, no mercado de capitais. Existindo justificativa jurídica para tal permissão, e esta existe, conforme demonstramos e, havendo vontade política/legislativa de mudar, não vemos reais obstáculos à atuação das limitadas no mercado de capitais brasileiro.

Todas as exigências que se fazem às sociedades por ações para captar recursos no mercado de capitais, podem também ser feitas em grau maior ou menor às limitadas sociedades de capital.

11. O que realmente importa, a nosso ver, é viabilizar, prontamente, de alguma forma, o acesso à securitização, em marcha, globalmente, às médias empresas, idôneas e produtivas que detêm seguramente sob seu

controle, apreciável valor do total do produto interno bruto brasileiro. De outra banda impõe-se deselitizar o acesso ao mercado de capitais, ora totalmente monopolizado pela grande empresa, organizada sob forma da sociedade por ações. O detalhamento deste acesso das limitadas, sociedades de capital, redimensionadas para este fim, poderá ficar a cargo da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de evitar e coibir os inconvenientes da experiência alemã com a PUBLIKUMS KG, mistura de GMBH & CO. KG, na qual centenas ou até mesmo milhares de sócios comanditários ("Kommanditisten") passam a participar da sociedade.

12. Uma análise mais aprofundada da figura alemã da GMBH & CO. KG, que é uma "Kommanditgesellschaft" da qual participa uma limitada, não cabe neste trabalho de escopo rezado, eis que a nossa intenção era demonstrar a existência, necessidade e possibilidade, tanto nacional quanto internacional de facilitar o acesso ao mercado de capitais de balcão (securitização) às empresas de médio porte, organizadas sob a forma jurídica de sociedade por quotas de responsabilidade limitada do tipo de capital. Como já enfatizado acima, para concretizar o proposto por nós que corresponde no Brasil de hoje a uma real necessidade, basta vontade política e legislativa, bem como clarividência da Comissão de Valores Mobiliários, já que, a rigor, inexistem, impedimentos jurídicos intransponíveis para a concretização do objetivo proposto, sendo a remoção do pré-condicionamento mental negativo talvez o maior obstáculo para a implementação do proposto por nós.

Introdução às fontes e instrumentos do comércio internacional

Aristela Basso

Autora em Direito Internacional da Universidade de São Paulo.
Professora de Direito Internacional da UFRGS

MÁRIO

Definição de comércio internacional; 2. As fontes do comércio internacional; 3. Os instrumentos jurídicos do comércio internacional; 3.1. Os contratos do comércio internacional; 3.1.1. Conceituação; 3.1.2. Os pressupostos econômicos, comerciais e políticos do comércio internacional e suas influências no contrato; 3.1.3. Negociação e inclusão dos contratos internacionais do comércio: aspectos que devem ser considerados; 3.1.3.1. Os contratos internacionais e a diversidade de sistemas jurídicos; 3.1.3.2. Características das contratações com os estados; 3.1.3.3. Tipos de contratos internacionais do comércio que afetam a cooperação internacional; a) Contrato de compra e venda internacional de mercadorias; b) Contrato de agência; c) Contrato de prestação de serviços; d) Contrato de financiamento; e) Contrato de *know how* ou transferência de tecnologia; f) Contrato de transporte marítimo; g) Contrato de locação de equipamento; h) Contrato de arrendamento mercantil (*Leasing*); i) Contrato de franquia (*anchising*); j) Contrato de associação ou *joint venture*; 4.1.3.4. Apreciação prática de certas cláusulas; 4. Fontes de financiamento para a cooperação e assistência técnica internacional; 4.1. Créditos convencionais; 4.2. Créditos de portação; 4.3. Créditos governamentais; 4.4. Créditos intergovernamentais; 4.5. Financiamento via organismos internacionais; 4.6. Financiamento de projetos; 4.7. Fundos de investimentos; 4.8. Financiamento via bolsas de valores; 4.9. Capitalização da dívida externa; Bibliografia

Abstract

Le Droit du Commerce International paraît comme la conséquence des rapports internationaux de caractère économique. Il est rectement attaché à la circulation internationale des marchandises, des services des payments. Ses sources sont différents de celles du Droit Commercial Interne et son instrument juridique sont les contrats internationaux.

1. Definição de direito do comércio internacional

Após a II Guerra Mundial, o Estado e, consequentemente, as empresas deram-se conta de sua não auto-suficiência e da necessidade de cooperação internacional. A internacionalização dos negócios, o regime das parcerias empresariais e das empresas multinacionais, assim como o esforço dos países menos industrializados de desenvolver suas exportações, são as principais características da nova economia mundial.

Neste contexto surge o Direito do Comércio Internacional, ou "Droit International des Affaires", que tem como objeto de estudo toda a atividade mercantil internacional, abrangendo todas as áreas do direito comercial e do direito industrial, caracterizando-se como um verdadeiro direito econômico, mais amplo, que inclui o direito monetário-cambial, o direito financeiro, o direito fiscal, em síntese, o Direito Internacional Econômico. A função do Direito do Comércio Internacional é, como diz Baptista e Ríos, "entender e sobretudo atuar nos mercados externos, é explicar os aspectos jurídicos principais exatamente como são em cada uma das etapas da comercialização internacional para compreendê-los dentro dos nossos sistemas jurídicos nacionais" ("Aspectos jurídicos del comercio internacional", p. 7).

O Direito do Comércio Internacional não é, senão, o reflexo e a consequência das relações internacionais de caráter econômico. Esta diretamente vinculado à circulação internacional das mercadorias, dos serviços e dos pagamentos. Abrange, portanto, a cri-

ação internacional das riquezas e a mobilidade dos fatores de produção (capital e mão-de-obra) de um país a outro.

As diversas áreas do Direito Comercial Internacional apresentam um desenvolvimento desigual - o setor de serviços, por exemplo, é objeto de um número menor de regras do que o comércio internacional de mercadorias, ou de transferência de tecnologia.

2. As fontes do direito do comércio internacional

As principais fontes do comércio internacional são as convenções internacionais, ou seja, os tratados bi ou multilaterais celebrados entre os Estados, como, p.ex., as Convenções de Haia Sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos (1955) e aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (1986), ou a Convenção de Viena Sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980), dentre muitas outras.

Além do direito convencional, originário dos tratados, são fontes do comércio internacional o chamado direito costumeiro, isto é, os usos e costumes peculiares aos mais variados setores das atividades mercantis, e que se tornam uma prática constante e geral na grande maioria dos mercados. Também deve-se referir, as decisões arbitrais, principalmente aquelas proferidas pelas mais importantes instituições de arbitragem internacionalmente reconhecidas, como a Câmara de Comércio Internacional de Paris - CCI.

Essas são, portanto, as principais fontes internacionais do Direito Comercial Internacional e que compõem a denominada "Nova Lex Mercatoria". O Direito do Comércio Internacional, tendo em vista as suas especificidades, possui também outras fontes, que cumpre-nos aqui referir: as de direito transnacional e de direito nacional. As primeiras, muito contestadas, atuam na ausência de outras normas nacionais ou internacionais, surgindo do esforço dos agentes eco-

nômicos internacionais que criam regras próprias de funcionamento de certos setores do comércio internacional, p.ex.: "Lex Petrolea", criada pelas grandes multinacionais do setor do petróleo, os "euro-créditos" e "euro-bônus". Essas regras, também nascidas da prática, são consideradas de direito transnacional na medida em que são impostas pelos operadores econômicos internacionais sem a participação dos Estados que sentirão seus reflexos e suportarão seus efeitos.

As fontes nacionais ou de direito interno são os atos unilaterais dos Estados e que também afetam o ambiente internacional do comércio. Podemos considerar aqui os atos legislativos, administrativos e judiciais, desde que, evidentemente, influenciem as relações macro-econômicas internacionais e não apenas as micro-econômicas. Por exemplo: a manipulação da taxa de câmbio ou da taxa nacional de juros (taxa de juros no início dos anos 80 nos Estados Unidos), programa de privatizações, elaboração de códigos nacionais que disciplinam o tratamento dos investimentos estrangeiros e as leis de remessas de lucros.

3. Os instrumentos jurídicos do comércio internacional

O comércio internacional, na sua complexidade e na multivariabilidade de atividades mercantis, tem como instrumento básico e fundamental o "contrato". Dentre todos os instrumentos, este não é um fim em si mesmo. Diz Aldo Frignani que o contrato leva em conta - e sofre a influência - dos mais variados pressupostos que condicionam o comércio internacional ("Il diritto del commercio internazionale", p. 16).

3.1. Os contratos do comércio internacional

3.1.1. Conceituação

Quando estudamos o contrato internacional devemos ter presente que ele é, inicialmente, um negócio jurídico como aqueles

que costumamos fazer no âmbito interno dos países. O contrato, tanto interno como internacional, se define como um acordo de vontades, com vistas, seja de criar uma relação de direito, isto é, dar nascimento a uma obrigação, ou a um direito, seja de modificar ou extinguir uma relação preexistente. O contrato é, precisamente, o acordo da pluralidade de vontades à qual lei aplicável confere efeitos de direito.

Dois são, portanto, os elementos essenciais do contrato: a) o acordo de vontades - partes de obrigam a respeitar o que foi objeto de consenso; b) necessidade de subordinação do contrato à lei - as partes não são obrigadas porque quiseram se obrigar, mas porque a lei consente a elas que o façam.

Definir contrato internacional não é tarefa fácil e grande parte dos juristas abandonou esta idéia, conforme demonstrou Henry Esguillons na sua obra "Contrats internationaux", p.2.

Em direito internacional privado se diz que o contrato é internacional quando apresenta um elemento estrangeiro, ou seja, quando as partes estão domiciliadas em países diferentes, quando a sede principal de seus negócios estão em países diversos, ou quando a obrigação se constituiu ou deva se executar em país diferente daquele das partes, etc. Quando isso acontece temos um fenômeno chamado em Direito de conflito de leis no espaço, justamente porque a legislação de um ou mais países incidirá sobre aquele contrato, sendo qualquer uma delas competente para apreciá-lo. Como bem coloca Luiz Olavo Baptista, em obra recente e fundamental sobre a matéria, as coisas não se apresentam na realidade de modo tão simples ("Dos contratos internacionais - uma visão teórica prática", p.10).

Devemos considerar que o elemento estrangeiro capaz de dar caráter internacional ao contrato deve se revestir de uma certa importância, e esta estraneidade deve ser apreciada em relação à ordem jurídica que regula o contrato.

Não há, assim, nas regras jurídicas e nas decisões jurisprudenciais, uma única e uniforme definição de contrato internacional.

Recentemente, foram publicadas algumas conclusões importantes acerca dos critérios para determinarmos quando um contrato é internacional: a) o caráter internacional deve ser determinado caso a caso; b) é com base no critério "lex fori" (direito do foro) que o juiz dirá se a relação jurídica receberá o qualificativo de internacional ("Répertoire Suisse de Droit International Privé", v.1, p.17).

Não basta, portanto, dizermos que a presença de um elemento estrangeiro é suficiente para que o contrato seja internacional. Para que isso ocorra precisamos analisar o caso concreto para, então, determinarmos se o elemento estrangeiro está ou não em condições de produzir o "efeito internacionalizante", usando expressão de Luiz Olavo Baptista, "Dos Contratos Internacionais", p. 13.

São apropriadas as palavras de Pierre Lalive quando afirma que cabe ao juiz ou ao intérprete determinar, com base nos seus próprios critérios, a importância que assume o elemento estrangeiro no contrato ("Cours Général de Droit International Privé", in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Leyden, 1977, n. 2, p.20).

A partir de 1927, no célebre julgamento francês "Affaire Pellissier du Besset", com base nas razões formuladas pelo Procurador Matter, introduziu-se na noção de contrato internacional o critério econômico: contrato internacional é todo aquele que gera fluxo e refluxo de bens, valores e capitais de um país a outro (Cass. Civ., 17-5, 1927, DP, 1928, 1,25).

Consagrou-se, portanto, a expressão "fluxo e refluxo através das fronteiras" como um dado fundamental na determinação do efeito internacionalizante do contrato.

Tem-se, hoje, que é internacional o contrato que além do critério jurídico (produção de efeitos de direito em mais de uma ordem jurídica autônoma ao mesmo tempo),

apresenta o critério econômico (fluxo e re-fluxo sobre as fronteiras com consequências significativas para mais de um país).

Se buscarmos as convenções e tratados internacionais sobre a matéria, constataremos que estas também não definem contrato internacional, optando por adotar critérios que permitam determinar, segundo a natureza mesma do negócio, quando o contrato é internacional.

Diante disso, o melhor é entendermos que o caráter internacional do contrato não depende apenas do domicílio das partes, se diverso, da sede principal dos negócios das empresas, do lugar da constituição ou execução da obrigação, mas de todo um conjunto de elementos diretamente relacionados à economia interna do contrato, que deverão ser apreciados caso a caso.

3.1.2. Os pressupostos econômicos, comerciais e políticos do comércio internacional e suas influências no contrato

O contrato pode ser entendido como a concretização, a revelação externa, de uma relação de caráter econômico internacional, e da individualização dos elementos econômicos da relação que se quer instaurar, dos objetivos das partes. Muitos são os fatores que influenciam a concretização da relação que as partes pretendem instaurar entre elas a fim de atingirem os objetivos visados.

Os fatores econômicos e comerciais estão diretamente vinculados ao tipo de negócio que se pretende realizar e dizem respeito à longa ou curta duração do contrato. Se, por exemplo, uma das partes precisa muito da matéria prima, porque o acesso a esta lhe é difícil, o melhor é fazer um contrato de longa duração. O preço, dependendo das circunstâncias, pode prever critérios preestabelecidos para aumento do bem terminado. As autorizações governamentais devem ser observadas, sobretudo quando envolve matéria prima considerada estratégica no Estado de uma das partes, como acontece nos casos de contrato de transferência de tecnologia - no Brasil precisamos considerar as regras do INPI.

Dentre os fatores econômicos e comerciais, precisamos levar em conta a instabilidade política dos países das partes, principalmente se elas se encontram naqueles em via de desenvolvimento. Da mesma forma, devemos atentar para a moeda de pagamento, se é ou não conversível, e às variações do câmbio, dentre outros.

Os fatores político que incidem sobre o contrato internacional são extremamente significativos. Se levarmos em conta que existem países considerados capitalistas e outros de economia de Estado, como os do bloco socialista, concluiremos que negociar e celebrar contratos com pessoas originárias destes últimos poderá implicar em dificuldades financeiras variadas como, p. ex., pagamentos a prazos longos, interesses que estão fora de mercado, a moeda não é conversível e o câmbio é artificial, geralmente preferem contratações "buy back", permutas, etc.

Da mesma forma fatores políticos relevantes afetam o ambiente do contrato quando uma das partes pertence a um país em via de desenvolvimento. Nesses o risco comercial é sempre grande e as constantes tempestades políticas podem afetar o câmbio, interromper os investimentos externos, nacionalizar empresas, bloquear as exportações, alterar moedas e unidades de conta, etc.

Não podemos, portanto, ignorar que na negociação de um contrato internacional todos estes fatores devem ser considerado.

3.1.3. Negociação e conclusão dos contratos internacionais do comércio: aspectos que devem ser considerados

3.1.3.1. Os Contratos Internacionais e a Diversidade de Sistemas Jurídicos

Quando pensamos nos contratos internacionais, devemos sempre partir da constatação de que coexistem vários sistemas jurídicos e que estes nem sempre são iguais ou mesmo semelhantes. As modernas transações internacionais não se realizam apenas dentro das fronteiras limitadas dos Estados, as extrapolam dando origem aos chamados

flitos de leis, a que nos referíamos acima. Vê-se, portanto, que as noções de Estação não se enquadram numa ótima atuação e não se adaptam mais ao nosso mundo atual e complexo, no qual o movimento formação de blocos econômicos marcha lerado.

Como afirma Jean Thieffry y Chantal anier, "o conjunto de sistemas jurídicos que existem no mundo constituem uma Torre de Babel Jurídica", pois as normas vigentes no nosso sistema jurídico romano-germânico são muito diferentes do sistema "Common Law", assim como do direito socialista que está sofrendo profundas transformações sobre o conhecimento de diferentes tipos de propriedade; e de outro sistema como o mulsumano, onde as reminiscências religiosas e o costume estão presentes na formalidade e na limitação dos sujeitos contratantes" (apud Baptista e Ríos, "Aspectos jurídicos do comércio internacional", 15).

Como se pode aferir, cada país, e por assim dizer, cada mercado, tem um regime jurídico próprio, e podemos agrupá-los em dois grandes sistemas: da "Common Law" e da "Civil Law". O sistema "Common Law" é aquele que se desenvolveu na Inglaterra logo após a conquista dos normandos, em 1066, e criaram um sistema de direito diferente daquele vigente até então de tradição romano-germânica. O "Common Law" tem na jurisdição do juiz o seu desenvolvimento. Adotam este sistema os países de tradição anglo-saxônica como Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Austrália, Índia, Nova Zelândia, Índia, Paquistão, Argélia, Jamaica, e os Países do Caribe Inglês.

O sistema "Civil Law", ou da lei escrita, "jus civile", é aquele de origem romano-germânica que tem na lei escrita o seu alicerce. São países da "Civil Law" a Itália, Espanha, Portugal, Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicarágua, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Colômbia, Equador, Peru, Bolívia e Chile.

Existem ainda outros sistemas que surgiram da combinação destes dois, como, p.ex., Escócia, Israel, África do Sul, Filipinas, Quebec, Japão, Rodésia, e a Luisiana nos Estados Unidos. Esses combinaram "Civil Law" e "Common Law". Poderíamos referir ainda as legislações ocidentais e as socialistas marxistas, que também apresentam características próprias. Além dos países napoleônicos como a França, Bélgica, Luxemburgo, Haiti e outros influenciados também pela "Civil Law".

Não é difícil concluir, assim, que os bens e serviços circulam entre estes sistemas jurídicos distintos, tornando, muitas vezes, difícil o entendimento entre os operadores econômicos e fazendo com que a tarefa de redação do contrato não seja nada fácil.

Além do aspecto referido da diversidade de sistemas jurídicos que potencialmente poderão incidir sobre o contrato pretendido pelas partes, ou já concluído, outro fator há considerar é que todos estes ordenamentos jurídicos internos (direitos nacionais) revelam-se geralmente inadequados para apreciar o contrato internacional face ao seu dinamismo, e especificidades.

Os direitos internos não acompanham a larga difusão de cláusulas, expressões e siglas típicas do comércio internacional. Daí porque surgem as convenções internacionais que procuram estabelecer um complexo de regras alternativas, regulando de modo mais eficaz as relações comerciais internacionais. Com essas mesmas finalidades temos as resoluções e disposições emanadas das instituições internacionais de caráter comercial, cujos efeitos se fazem sentir diretamente nas unidades produtivas. Como sabemos, as principais entidades são o FMI, o Banco Mundial e o GATT. As decisões arbitrais das importantes instituições internacionais, também têm auxiliado nesse sentido, formando com as anteriores a chamada "Nova Lex Mercatoria".

Assim sendo, quando analisamos um contrato internacional devemos considerá-lo no seu ambiente jurídico interno e internacio-

nal, caso contrário corremos o risco de não fazê-lo com justiça, equidade e conveniência.

3.1.3.2. Características das Contratações com os Estados

As contratações com o Estado merecem um estudo especial frente às suas características peculiares que, só em largos traços, aqui apontaremos.

Além dos elementos jurídico e econômico, os contratos internacionais com o Estado apresentam o elemento político, que o diferencia das contratações entre pessoas jurídicas de direito privado.

O elemento político decorre da própria essência do Estado e significa o interesse público nacional. Em função desse interesse o contrato pode ser unilateralmente alterado ou rescindido pelo Estado, desde que haja um fundamento de utilidade ou interesse público para tal, compensando seu parceiro (outro Estado, ou mesmo uma pessoa jurídica de direito privado) por eventuais perdas e danos.

Normalmente, os contratos com o Estado requerem grandes projetos e investimentos razão pela qual são firmados por longos prazos.

Negociar cláusulas arbitrais ou compromissos arbitrais com o Estado é difícil, porque, em regra, o foro competente é o do Estado-parte, ou o do Estado economicamente mais forte.

Na verdade os contratos com o Estado, ou entre Estados, não têm aspectos exclusivamente de Direito Comercial Internacional, mas, fundamentalmente, de Direito Internacional Público. Dois autores nacionais se destacam no estudo das contratações internacionais que envolvem o Estado: Hermes Marcelo Huck, "Contratos com o Estado - aspectos de direito internacional", e José Carlos de Magalhães, "O Estado na arbitragem privada".

3.1.3.3 Tipos de contratos internacionais do comércio que afetam a cooperação internacional

Inúmeras são as modalidades de contratos internacionais que vamos encontrar na

prática, daí porque se pode falar de uma verdadeira disciplina dos Contratos Internacionais do Comércio. Apontaremos, neste estudo, alguns tipos que consideramos mais interessante no que diz respeito à cooperação técnica internacional para o desenvolvimento.

Inicialmente consideramos oportuno distinguir "cooperação técnica" e "assistência técnica", que não raras vezes são confundidas ou empregadas como sinônimos. Com muita precisão Peter Kőnz coloca que "cooperação" subentende uma relação entre iguais, ou parceiros, que almejam uma meta comum. 'Assistência', por outro lado, evoca ajuda de alguém que 'tem' algo que outro 'não tem'. 'Técnica' quer dizer que a cooperação ou assistência deve estar ligada a uma transferência ou ao desenvolvimento de tecnologia, experiência, uma habilidade prática ou de gestão, ou de equipamento" ("Financiamento oficial da cooperação técnica internacional", in "Cooperação internacional: estratégia e gestão", p. 219-272, cit. p. 221).

Tecidas essas considerações, passamos a análise dos tipos contratuais selecionados.

a) *Contrato de compra e venda internacional de mercadorias*: através deste uma das partes se compromete a transferir o domínio de uma determinada mercadoria a outra, mediante o pagamento de certo preço. As exportações nesta área podem se desenvolver através de duas modalidades: a) venda direta de mercadorias do exportador para o importador situado no exterior; b) venda através de uma agência localizada no exterior, fazendo negócios por intermédio de distribuidores, agentes, filiais ("branch offices") ou subsidiárias.

b) *Contrato de agência*: é aquele através do qual uma pessoa física ou jurídica age como intermediária de negócios para outra, sem vínculo de subordinação hierárquica (empregatício), sendo sua remuneração baseada nas negociações feitas e que resultem em contratos.

c) *Contrato de prestação de serviços*: essa é uma modalidade muito importante de

contratação internacional, razão pela qual há um direito de formulários nesta área, exemplos: "Conditions of contract", elaboradas pela Fédération Internationale des Ingénieurs - Conseils - FIDIC; "General Conditions of Contract", recomendadas pela Institution of Engineers e pela Association of Consulting Engineers", dentre outros.

Para ilustrar algumas modalidades de contratos de prestação de serviços, na área da construção civil e instalação de usinas e refinarias, apresentamos alguns exemplos mais usuais:

- Contrato de empreitada por preço global ("lump-sum");

- Contrato de empreitada por preço unitário ("unit-price");

- Contrato por administração ("cost reimbursable contract", "cost-plus contract" ou "free-contract";

- Contrato chave na mão ("turn-key"): nesse o empreiteiro assume todas as responsabilidades inclusive do projeto e da administração da obra;

- Contrato produto na mão ("product-hand"): nesse o empreiteiro assume todas as responsabilidades do tipo "turn-key" e ainda as de habilitar o dono a operar a unidade satisfatoriamente.

Esses contratos podem envolver o fornecimento da mão-de-obra, de bens ou serviços, ou mesmo a combinação dessas formas e contratação. Sob o aspecto econômico, os contratos de prestação de serviços envolvem a transferência de tecnologia de um país para outro.

d) *Contrato de licenciamento*: através dele detentor de uma patente ou marca autoriza o seu uso por um certo período de tempo, mediante determinado pagamento.

e) *Contrato de "know-how" ou Transferência de Tecnologia*: nesse o detentor de uma fórmula ou processo secreto (não objeto de patente) autoriza a outra parte a utilizá-lo por certo tempo, mediante determinado pagamento.

f) *Contrato de Transporte Marítimo*: é aquele através do qual uma pessoa física ou

jurídica entrega mercadorias a uma determinada companhia armadora para que sejam transportadas de um porto determinado a outro, dentro do tempo acordado e mediante o pagamento do frete ajustado, com as responsabilidades devidamente individualizadas.

g) *Contrato de locação de equipamentos*: nesse uma das partes transfere para outra a posse de um equipamento e o direito à sua utilização por um período determinado, mediante certo pagamento.

h) *Contrato de Arrendamento Mercantil ("Leasing")*: através dele uma pessoa (arrendador) transfere a posse de um bem de sua propriedade à outra (arrendatário) por tempo determinado, cabendo a este último a opção de adquirir o bem, ao fim do contrato, pagando o preço residual previamente fixado.

i) *Contrato de franquia ("Franchising")*: é aquele que liga uma pessoa (franchisee) a outra (franchisor) para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, estejam ligadas por vínculo de subordinação.

j) *Contrato de associação ou "Joint Venture"*: essa é uma figura jurídica originada da prática cujo nome não tem equivalente em nossa língua, e corresponde a uma forma ou método de cooperação entre empresas independentes, denominada em outros países de "sociedade de sociedades", "filial comum", "associação de empresas", etc.

A característica essencial da "joint venture" é sua criação para a realização de um projeto comum, empreendimento (aventura específica) cuja duração pode ser curta ou longa. Qualquer acordo entre empresários, para realizar um projeto específico, considera-se, na linguagem comercial, "joint venture".

Existem vários tipos de "joint ventures": a) "equity joint ventures", que se caracteriza por ser uma associação de capitais; b) "non equity joint venture", em que não há contribuição de capitais. Do ponto de vista formal, podemos ter também: a) "corporate

joint venture", associação de interesses que dá nascimento a uma pessoa jurídica (sociedade); b) "non corporate joint venture", associação de interesses que não dá nascimento a uma pessoa jurídica.

A distinção entre as "joint ventures" societárias ("corporate") e as não societárias ("non corporate") resulta da existência, na primeira, de elementos específicos do contrato de sociedade.

Muito comuns na Ásia, América Latina, África e na Europa Oriental são as "joint ventures" nas quais os riscos financeiros são compartilhados e a tomada de decisões se dá pela participação conjunta de capitais em uma empresa comum: "Equity corporate joint venture".

Essas são, portanto, algumas das várias modalidades de contratos internacionais do comércio.

3.1.3.4. Apreciação prática de certas cláusulas:

O contrato internacional deve conter muitas cláusulas, todas as possibilidades de litígios, de controvérsias entre as partes, devem ser minimizadas, previstas. As cláusulas devem ser minuciosamente redigidas e os interesses das partes devidamente protegidos, p. ex.: possível atraso na entrega da mercadoria; mudança de pedido; necessidade de inspeção local; qualidade do serviço ou mercadoria; vícios da mercadoria; inexecução da obrigação por culpa de uma das partes; inexecução da obrigação por impossibilidade do objeto, etc. Quanto melhor for a redação do contrato, maiores serão as chances de executá-lo sem percalços.

Cada uma das modalidades contratuais referidas acima, apresenta suas próprias características, o que equivale a dizer que possui cláusulas particulares. Entretanto, existem certas cláusulas que estão presentes em todos os tipos de contratos internacionais:

a) *Cláusula de lei aplicável*: devemos sempre ter presente que o contrato internacional será apreciado em uma determinada ordem jurídica (Estado) e, portanto, as partes devem indicar qual a lei a que subtem seu

contrato. No caso específico do Brasil, não podem as partes eleger para o seu contrato uma lei diferente das previsões do art. 9 da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece que para as obrigações decorrentes do contrato deve-se aplicar a lei de onde a obrigação se constituiu. Ou seja, as partes não poderão eleger para o seu contrato um direito diferente daquele de onde este foi celebrado. Caso as partes não tenham o instrumento definitivo do contrato - hipóteses de contratos verbais, prevê o mesmo art. 9, parágrafo 2, que reputa-se concluído o contrato no lugar em que residir o proponente.

Diferentemente do Brasil, outros países não limitam a autonomia contratual das partes e permitem que elas escolham para o seu contrato a lei que desejarem. Essa é também a orientação das convenções internacionais sobre a matéria: Convenção de Haia Sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos (1955); Convenção de Haia Sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (1986); Convenção Européia Sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980).

b) *Cláusula de preço e modalidade de pagamento*: é essencial o preço, mas é também fundamental que conste as modalidades de pagamento. Entendemos que o preço poderá ser determinável, desde que as partes indiquem os critérios para se chegar ao preço certo, p.ex. "o preço será o da bolsa de cereais de Londres na data da entrega (que deverá estar estipulada)".

Nas transações que envolvem importação e exportação, financiamentos, a lei brasileira permite as contratações em dólar: Decreto-Lei n. 857, de 11 de setembro de 1969.

c) *Cláusula penal e consequências da inexecução*: essa é muito importante para proteger a parte que espera a consumação do contrato.

d) *Cláusulas de Garantias Contratuais ou Garantias Pecuniárias*: essas, juntamente com as referidas acima, conferem garantias as par-

s. Representam condições convencionais ajustadas que permitem a boa-execução do contrato e até mesmo a manutenção da oferta, p. ex.: "Bid Bond" ou "Tender bond", garantias da oferta; "Performance bond", garantia de boa-execução do contrato; "Advance Payment Bond", garantia de pagamento antecipado; "Maintenance bond", garantia de manutenção após o cumprimento da obrigação.

e) *Cláusula de força maior e "hardship"*: poderão vir juntas ou separadas, e ambas protegem as partes da impossibilidade material ou econômica de cumprir o contrato conforme foi pactuado. Força maior significa ato de terceiro (ato do Príncipe), ou forças da natureza (aluviação, avulsão). "Hardship", não se confunde com força maior, mas se refere às circunstâncias imprevistas e exteriores à vontade das partes que afetam o ambiente do contrato, especialmente a sua economia. Tais circunstâncias devem afetar e tal forma a economia do contrato que torna-se impossível ou extremamente oneroso para uma das partes cumprir sua obrigação.

f) *Cláusula de foro competente para dirimir as controvérsias ou recurso à arbitragem*: para resolver os problemas que porventura surjam entre as partes durante a execução do contrato, as partes poderão optar pelo foro judiciário tradicionais dos Estados, ou recorrer à arbitragem feita por outra (ou outras) pessoa, não juiz de carreira. As entidades internacionais mais importantes no que diz respeito à arbitragem institucionalizada são: Câmara de Comércio Internacional de Paris - CCI; American Arbitration Association - AAA, Nova Iorque; London Maritime Arbitrators Association, Londres; London Corn Trade Association, Londres; Federation of Oil, Seeds and Fats Association - FOSFA, Londres.

Quando possível, é importante que haja uma identidade ou familiaridade entre a língua do contrato, a lei aplicável e o foro competente.

4. Fontes de financiamento para a cooperação e assistência técnica internacional

São vários os recursos que as pessoas jurídicas de direito privado podem trazer para constituir ou desenvolver seus projetos. No caso específico das "joint ventures" esses recursos podem ser bens de capital, imóveis ou terrenos, recursos naturais, etc. Entretanto, os recursos financeiros sempre serão necessários. Esse fomento poderá ser obtido no país onde está estabelecida ou se pretende estabelecer a "joint venture", ou mesmo ser oriundo de fontes estrangeiras. Nos dois casos, porém, deverão ser observadas as normas do país que hospeda a "joint venture", precisamente as normas que regulam os créditos nacionais, bem como as que regulam o investimento e o financiamento internacional.

Na busca de financiamento externos, desempenham papel fundamental os organismos internacionais de fomento, assim como certas entidades financeiras privadas e alguns tipos de fundos internacionais.

Se, por outro lado, as partes se interessam mais pelos recursos financeiros internos, diversos são os canais de financiamentos. Dentre eles, temos os bancos privados, as instituições financeiras estatais, os bancos e instituições de desenvolvimento.

4.1. Créditos convencionais

Estes são os obtidos das instituições financeiras e respeitam prazos, juros e as condições de mercado. Podem ser constituídos em moeda local ou divisas. No primeiro caso, exigem-se juros em níveis de mercado; no segundo, tem-se base de taxa "prime" ou "libor", acrescentada do "spread" do banco estrangeiro, do banco local e, se for o caso, de impostos. Nessa segunda hipótese, quando não houver divisas disponíveis no próprio país, será necessário recorrer a fontes externas, bancos estrangeiros, que serão corresponsáveis.

4.2. Créditos de Exportação

Existem várias linhas de crédito para exportação. Aquela dita crédito ao cliente, financia aquisição de bens de capital, tecnologia, bem como projetos reunindo tecnologia e obras. Ao lado dessa, existem outras oferecidas por instituições estatais que, comprometidas com o projeto de desenvolvimento do país, financiam as exportações: são as destinadas à produção de bens a serem exportados, ou mesmo à comercialização desses bens, segundo a política de cada país.

4.3. Créditos governamentais

Estes, como vimos, podem se dar por meio do crédito à exportação, mas existem outras também relevantes: créditos especiais, créditos para atividade de marketing e para desenvolvimento tecnológico. São outorgados por instituições do Estado, mediante condições mais favoráveis que as de mercado, e visam beneficiar certos setores da economia.

4.4. Créditos intergovernamentais

São os decorrentes de relações de cooperação econômica entre os Estados. Alguns países, no âmbito de suas relações com outros parceiros, instituem, por meio de compromissos internacionais, créditos em favor de empresas privadas desses outros países. São créditos de caráter político, normalmente concedidos por um Estado em suas relações bilaterais, quando verificada a convergência entre sua política econômica e a do Estado favorecido.

Esses créditos são outorgados com prazos longos e com base em taxas de juros fixos e reduzidas. Beneficiam, em geral, projetos conjuntos de desenvolvimento, como os que se ocupam das empresas de porte médio e pequeno, e projetos de setores básicos. Outros créditos, ainda, podem gerar, para a empresa beneficiada, a obrigação de

adquirir tecnologia, bens de capital e insumo das empresas do país que outorga o crédito.

4.5. Financiamento Via Organismos Internacionais

No âmbito das relações multilaterais entre os Estados, devemos referir os organismos de fomento, que visam acelerar o progresso econômico dos países em via de desenvolvimento.

No plano mundial, merecem destaque três organismos vinculados à ONU, que são: o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD, a Corporação Financeira Internacional - CFI e a Associação Internacional do Desenvolvimento - AID. No plano Regional, temos o Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, vinculado à OEA.

4.6. Financiamento de projetos

São linhas de financiamento para projetos de investimento, que se destinam a constituição ou o fomento de "joint ventures", e outros projetos, oferecidas por entidades que, em contrapartida ao crédito, exigem uma participação nos ganhos envolvidos no projeto, ou uma quota das divisas geradas, quando se tratar de exportações. As instituições que oferecem empréstimos nessas condições podem ser tanto públicas como privadas, podem ser tanto bancos de investimento e desenvolvimento como bancos mercantis.

Instituições financeiras, públicas e privadas, também podem ter participação acionária nesses projetos.

Destacam-se por esse prática a Corporação Financeira Internacional - CFI e a Corporação Interamericana de Investimentos - CII.

4.7. Fundos de investimentos

Temos os fundos destinados a investir em certos países: fundos de países ou "country

ds". São mantidos por entidades públicas como privadas e até mesmo por pessoas físicas. A exemplo dos fundos existentes em Londres e Nova Iorque, que visam a investimentos em países como a Argentina e o Brasil, como finalidade principal investimentos em bolsas de valores dos países alvos. Muitas vezes são destinados a adquirir títulos da dívida externa desse país, em mercados secundários, onde descontam os títulos por taxa nacional, que aproveitam investindo projetos promissores dentro desse mesmo país.

Existem ainda os fundos mútuos de investimento e os fundos de aposentadoria.

4.8. Financiamento via bolsas de mercados de valores

Existe um meio de obtenção de capitais, por parte das empresas, através da emissão de ações. Tem-se igualmente a possibilidade das empresas emitirem bônus ou obrigações negociáveis, garantidas por uma instituição financeira séria, o que dá segurança aos investidores, ao lado de uma rentabilidade significativa. Várias outras formas de obtenção de recursos financeiros nas bolsas e mercados de valores podem ser utilizadas e desenvolvidas, conforme sua viabilidade e interesse, tais como operações envolvendo títulos públicos, temporariamente vendidos pelas empresas para garantia e obtenção de empréstimos de curto prazo.

4.9. Capitalização da dívida externa

Muitas empresas adquirem títulos da dívida externa de outros países, em mercados secundários, mediante um valor abaixo do

valor nominal do título, trocando-os em seguida por moeda nacional, que aproveitam em um projeto de investimento. A aquisição dos títulos normalmente é feita por meio de um banco comercial, de investimento ou mercantil, ou um "broker". Quando a empresa recebe a moeda nacional referente ao título, recebe o valor nominal, diminuído de um desconto feito pelo Banco Central. Tem-se, mesmo assim, uma vantagem na operação que poderá ser aplicada em projetos de desenvolvimento, parcerias, etc.

Bibliografia

- BAPTISTA, Luiz Olavo e RÍOS, Anibal Sierralta. "Aspectos jurídicos del comercio internacional". Perú: Academia Diplomática del Perú. 1992.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. "Dos contratos internacionales - una visión teórica y práctica". São Paulo: Saraiva. 1994.
- BASSO, Maristela. "Joint venture - manual práctico". Porto Alegre: Liv. do Advogado. 1994.
- BASSO, Maristela, "Contratos Internacionais - Negociação, Conclusão - Prática". Porto Alegre: Liv. Advogado. 1994.
- HUCK, Hermes Marcelo. "Contratos com o Estado - aspectos de direito internacional". São Paulo: Aquilino. 1989.
- KÖNZ, Peter. "Financiamento oficial da cooperação técnica internacional", in "Cooperação internacional: estratégia e gestão". São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1994. p. 219-72
- LALIVE, Pierre. "Cours général de droit international privé", in "Recueil des Cours de L'Académie de Droit International", Leyden, 1977/2.
- LESGUILLONS, Henry. "Contrats internationaux". Paris: Lamy. 1986.
- MAGALHÃES, José Carlos. "O Estado na arbitragem privada". São Paulo: Max Limonad. 1988.
- MAYER, Pierre. "Droit international privé". Paris: Montchrestien.
- Répertoire Suisse de droit international privé. Zurich. 1992.
- STRENGER, Irineu. "Contratos Internacionais do comércio". São Paulo: RT. 1986.

La contradicción entre la reformulación de la categoría jurídica del daño resarcible y el acceso al daño resarcible en el final del siglo XX

Publicado en la Revista del Instituto de Derecho Comercial Económico y Empresarial
Estudios de Derecho Comercial - Número Aniversario, 1985 - 1994, n° 1 - n° 10

Carlos Alberto Gherzi

Abogado - Doctor en jurisprudencia - Profesor titular de Derecho Civil I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador - Profesor adjunto ordinario de Derecho Civil I, II y III de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Conferencista - Autor de varias obras y otras publicaciones de Derecho Civil y Comercial - Presidente de la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Abogados de Buenos Aires

SUMARIO

I - Introducción; II - Los derechos del hombre; 1. Una primera aproximación al problema; 2. El reconocimiento de derechos y su evolución; 2.1. Los derechos individuales; 2.2. Los derechos sociales; 2.3. Los derechos personalísimos; 2.4. Los derechos ambientales y ecológicos; 3. La problemática de la reparación de daños; 3.1. El esquema reparativo-sancionatorio del código civil; 3.2. La reforma de 1968 y la solución solidarista del derecho de daños; 3.3. La década de los 80; 4. El ajuste estructural del sistema de economía capitalista y sus consecuencias; 4.1. Consideraciones generales sobre el ajuste; 4.2. Supuestos de translación de riesgo derivados de la política de ajuste; 4.3. El derecho emanado del ajuste; 5. Conclusiones.

I - INTRODUCCION

Desde fines de la década de los años ochenta, comenzamos a inquietarnos, por el estudio de los efectos que tendría el ajuste del sistema de economía capitalista y los procesos autoritarios que de él se derivan en los países subdesarrollados del área latinoamericana, sobre la categoría del daño resarcible y las formas o modalidades de acceso a la justicia, pensando todo ello, dentro de la problemática de la Teoría General de la Reparación del daño individual.¹

Durante el proceso militar de 1976 - 1983 existió apenas un atisbo² de esta contradicción, pero que dejó damnificados fuera del sistema de reparación de daños, verbigracia depositantes en dólares o los contratos que se contrajeron conforme a la famosa tablita del ex Ministro Martínez de Hoz, etc.

En el gobierno democrático del Dr. Alfonsín, la cosa pareció adormecerse, inclu-

so la formulación del Proyecto de Unificación Civil y Comercial, la tentativa de crear los Tribunales de menor cuantía o vecinales, como forma de acceso a la justicia de los consumidores y si ello, le sumamos que existieron por lo menos dos proyectos del Códigos del Consumidor, parecía ser que el ajuste iba a tener su contratendencia importante y trascendente, claro está, que al final, como muchas cosas en este país, no se dió lo uno, ni lo otro.

Lo primero, tal vez porque no se haya querido aceptar la receta americana y de los organismos internacionales a rajatablas o se asustaron del tremendo costo social que iba a generarse indefectiblemente o simplemente no se tenía el poder político para hacerlo.³

Lo segundo, porque el partido opositor-peronista y su aliado el poder sindical, bombardearon en el Congreso todo proyecto radical que intentara "modernizar" o simplemente "actualizar" la legislación de

ando en defensa de los consumidores o usuarios, tal vez porque preparaban su terrillaje en el gobierno y en el poder formal, sabían que necesariamente - hasta diríamos deterministamente - iba a ocurrir porque era la tendencia histórica de la Argentina.⁴

Es evidente que para la sanción de códigos o leyes progresistas la Argentina todavía o estaba madura pues su democracia era incipiente y tambaleante a cada momento.

El arribo al poder del peronismo, era sin duda la mejor de las posibilidades, pues, tradicional e históricamente está mejor dotado por su fuerte rasgo autoritario⁵ para reducir el ajuste; y hacerlo con la mayor celeridad posible y con el mejor de los beneficios hacia los grupos económicos tradicionalmente adictos, para de esta forma poder consolidar dentro del sistema capitalista, un poder cuasi-feudal.

Nosotros en 1989 hicimos un pequeño delante de la tendencia que se estaba reduciendo en las empresas, respecto del incremento de la tasa de beneficios y el deterioro en la reparación de daños, como cuestiones económicamente contradictorias.

Este pequeño relato, nos será útil - como dirían los americanos - para situarnos historiográficamente frente al marco de nuestra tesis y afianzar nuestra pretensión de desarrollar el problema desde un ángulo de realidad, socio-político-económico y jurídica mas coherente, que la del *establishment* dogmático. Lo que los alemanes han denominado un análisis económico del derecho⁶, consustanciado e impregnado, con el mundo real.

Pero ya estamos a dos años del ajuste, la contradicción se ha puesto de manifiesto en todas las áreas de la reparación de daños y trataremos de explicitarla y si podemos, brincar algunas posibilidades de contratendencia, con la simple y humilde idea de no perder la humanización del "derecho de daños" o simplemente resistir la tendencia,

no por romanticismo, sino por convicción moral, ética y solidarista.

Los extremos de la contradicción se dan entre: la humanización del derecho, que se venía profundizando, su impacto en el marco solidario del esquema de la reparación del daño y el traslado de riesgo que se está operando hacia el ser humano, en su doble función económica (como recurso humano y como consumidor) en un proceso que se complementa con la dificultad de acceso a la justicia (lo que contiene un sin número de situaciones e instituciones, verbigracia hasta la dependencia del Poder Judicial).

Los actores sociales involucrados son los de siempre: las empresas, el Estado, los funcionarios, los obreros, los sindicatos, los consumidores y los damnificados, la forma de la contradicción es la novedosa, pues se da simultáneamente en el terreno formal y de facto.

La tarea será incompleta, dados los límites de nuestro trabajo, o tal vez porque siempre en estas cuestiones de gran movilidad sea así, de allí que trataremos de producir un humilde aporte, un nuevo alerta, desde la modestia de nuestros conocimientos y desde nuestra óptica de simples estudiantes, para que el lector, los juristas, los profesores, nos acompañen con su crítica y sus aportes.

El plan de trabajo consistirá en abordar tres áreas: el desarrollo de los derechos del hombre; las causas y efectos del ajuste del sistema de economía capitalista y por último un esbozo de la "contratendencia".

II. LOS DERECHOS DEL HOMBRE

1. Una primera aproximación al problema.

En 1991 se celebró el 3er Congreso Internacional de Derecho de Daños y tuve como misión, recopilar las conferencias allí dictadas, las conclusiones, encomendar a algunos juristas la labor de comentarlas con

el fin de organizar el libro poscongreso, para de alguna manera dejar plasmado, otro hito histórico en el desarrollo de la doctrina nacional.⁸

Después de muchas peripecias que sufrió la publicación de la obra (inconvenientes del comentario de una comisión que desgraciadamente quien se comprometió a hacerlo, nunca lo entregó y dilató innecesariamente su edición) hubo que decidir el nombre del libro, y la cuestión era difícil, pues cuando se celebró el Congreso en el 91, la incipiente del problema me hubiera llevado a colocar otro, pero cuando salió a luz, dos años después en 1993, comprendimos la necesidad de remarcar la cuestión, de allí su fuerte nombre: Daño y protección a la persona humana.⁹

Esta pequeña introducción, me sirve de idea-base para remarcar la importancia del tema, tratando de demostrar que la historiografía, no es un mero gusto de trasnochados, sino que por el contrario, se trata de una corriente científica que cuando se combina con la economía y las políticas económicas, descubre ciertas cosas en el pasado muy interesantes, que dan lugar a interpretaciones diferenciadas del sentido de la historia oficial.¹⁰

En esta línea de pensamiento, queremos hacer un paralelo entre el desarrollo de los derechos del hombre y la de la reparación de daños, tratando de demostrar que el "ajuste del sistema de economía capitalista", trata de romper con la evolución paralela a través de un movimiento distinto: convalidar "formalmente" la evolución de los derechos en su cuarta generación - los derechos ambientales o ecológicos - y por el contrario, detener y producir una retrocesión en el esquema legal y de hecho de la reparación de daños.

Nuestra idea es, en un primer acápite hacer un breve relato historiográfico de los derechos del hombre y en un segundo momento uno similar, relacionado con el esque-

ma de la reparación de daños, lo cual finalizaremos con una primera conclusión.

2. El reconocimiento de derechos y su evolución

Los derechos de primera generación, sin duda nacen o se convalidan con la aparición de la Nación-Estado, para nosotros en 1853 con el dictado de la Constitución Nacional; un segundo momento, se va gestando después de la década de los años treinta con el Constitucionalismo social, precisamente apunta a la convalidación de la característica del hombre en lo social, la tercera, después de la segunda guerra mundial y de sus horrores genocidas, se convalidan los derechos personalísimos y por último, después de la década del 70 y en el presente la cuarta generación de derechos, los de contenido ambiental o ecológico. Esta será nuestra ruta de estudio.

2.1. Los derechos individuales

Eloy Terron en su prólogo a la edición castellana de la obra fundamental de Thomas Paine¹¹ resalta la importancia y trascendencia que ha tenido la revolución americana - referenciando a Estados Unidos de Norteamérica - en el pensamiento democrático y la consolidación de los derechos del hombre y especialmente hombres como Jefferson y Madison.

Es precisamente el libro de Thomas Paine editado en 1791 el que me impulsó a redescubrir desde la historiografía económica, el sentido y alcance de los derechos individuales o que hoy podríamos denominar sin temor a equivocarnos los derechos burgueses o de la burguesía, pues esta denominación introduce la polémica tantas veces ignorada u ocultada: los derechos de los propietarios; por otro lado coincide con el lanzamiento del Estado-Nación o Estado-

gués y la institucionalización del capitalismo como sistema económico.¹²

Tal vez la obra que mas me impactó en este sentido, sea la elaborada por el "Grupo pzig"¹³ editada en Berlin en 1974 y luego traducida al castellano en 1983, donde se aliza el debate comparativo de la revolución inglesa, el mito de la francesa, la americana y la holandesa, como un todo - no dice A. Cobban en su idea de Revolución Atlántica - o desde una perspectiva propia en cada una de ellas, como lo tienen otros autores.

La idea central, espíritu de la burguesía no clase o estrato económico ascendente, á presente en todas ellas y sus derechos nacen de una causación muy lógica, su etencia en lo económico, y la convalidación de sus derechos ante el Estado-nación, la oposición al antiguo régimen es ra, pues donde el Monarca era el titular último de la riqueza.¹⁴ No negamos, sin embargo con ello, las particularidades que a partir de este hilo común, puede tener cada una de aquellas.

En nuestro caso, baste una mirada a la Constitución Nacional hija de los principios citados, al menos en el ideario americano Juan Bautista Alberdi¹⁵ y en la americanización del pensamiento de Sarmiento, europeización de Mitre y tantos otros para constatar lo hasta aquí dicho.

La imposición de aduana externa única - art. 8º -; la libre circulación de la propiedad civil - art. 9º y 10º -; el mismo art. 14 para enarbolar el derecho a la libertad), ocupa primero de señalar el derecho a trabajar y ejercer industria lícita, navegar y merciar, pilares indiscutidos de la institucionalización del capitalismo, después recién después - exalta la libertad de ideas, de enseñar, aprender, etc.

El texto refleja claramente que a partir de la apropiación privada de bienes - cuya violabilidad asegura el art. 17 - se pretende consolidar una sociedad burguesa, de la cual

algunos dudan haya existido como modelo prevalente real para esa época.¹⁶

Lo concreto es que la Argentina - al menos institucionalmente - responde al modelo mundial instaurando, el Estado-burgués y la consolidación de los derechos de los propietarios - la burguesía - frente al mismo; aquel como categoría distinta y diferenciada, imbuido del espíritu de Adam Smith y la doctrina del *laissez faire*.

Estos son los denominados derechos de primera generación, los derechos económicos de los burgueses frente al Estado-Nación o también denominados por el *establishment* dogmático: los derechos individuales.

2.2. Los derechos sociales

Cuando estudio esta nueva categoría de derechos, denominados de segunda generación, se viene constantemente a mi memoria una frase de Jean Jaures en su hermoso y profundo libro Las Causas de la Revolución Francesa: "También los albañiles, pagados por los patrones irregularmente cada tres o cuatro meses, reclaman el pago regular y menos espaciado de sus salarios".¹⁷

Pensar que fue necesario la revolución Rusa, la primera guerra mundial, la crisis de 1930 y muchas otras calamidades más, para que comenzara a plantearse la dignidad del obrero y el derecho de la familia como situaciones propias o puntuales, sobre las cuales el Estado y El Capital habían avanzado demasiado y generado una "crisis" de existencia, estructural que debía consitar una atención especial.¹⁸

A partir de 1900 en nuestro país, comienzan algunos pronunciamientos del sindicalismo libre¹⁹ (denominación de Oddone) que culminan con la sanción de la Ley 9688 de Accidentes de Trabajo en 1908, todo un hito en el derecho de los

trabajadores, que escindía del "derecho civil" los daños del incipiente derecho laboral.

Pero en realidad fue el primer gobierno de Irigoyen quien desnudó las falencias del sistema legal; luego los socialistas - Justo y Palacios - quienes delinearon el "marco jurídico" de avanzada y el primer gobierno de Perón pragmatizó los ansiados derechos sociales, concomitantemente con la redistribución de la riqueza.

Sin embargo, las ambiciones personales del propio Perón en la Constitución de 1949, hicieron que ésta se derogara y dejó otra vez en el camino a los "marginados" en sus derechos mas elementales: el salario justo y la vivienda digna.

En la segunda parte de la década del cincuenta, con la modificación del art. 14 bis, se reinstauraron - al menos institucionalmente - los derechos del trabajador, la familia y las organizaciones sindicales.

Muchos de estos derechos sociales contribuyeron una sólida defensa de los trabajadores; otras jamás fueron cumplidos y quedaron como letra muerta, como el derecho a la participación en las ganancias y, por último, las asociaciones sindicales, perdieron el rumbo desde el mismo momento que sirvieron al poder en 1945 (y se encargaron mas de la preservación del poder en los personeros sindicales que de modernizar el derecho de los trabajadores) hasta que el plan Cavallo con su ajuste, los sorprendió tejiendo alianzas y sumidos en la corrupción; baste compararlos con los sindicatos japoneses²⁰ o alemanes para calificar y cualificar la diferencia.

Con posterioridad muchos organismos internacionales se ocuparon de la problemática, hasta su culminación en el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales" de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1966.

Lo concreto es que estos derechos sociales hoy están en crisis y la respuesta desde el

poder es la retrosección lisa y llanamente, y los sindicatos impotentes para realizar un planteo congruente, no abordan el tema con sensatez, como los ejemplos de Suecia²¹ o Países Bajos.

2.3. Los derechos personalísimos

Como señalamos ut-supra fue necesario una segunda guerra mundial y numerosos campos de exterminios para darse cuenta que con los derechos de primera y segunda generación no bastaban, la agresión hacia el ser humano²² estaba en las mismas entrañas del sistema, la voracidad del lucro, la apetencia por el poder, la destrucción de la familia, la vida fácil y licenciosa, etc.

El excelente jurista peruano Carlos Fernández Sessarego²³, le ha dedicado dos obras últimamente a la defensa y protección de la persona, y precisamente en una de ellas plantea que es necesario revisar la cuestión de los derechos del hombre como persona y no "restringir la tutela de la persona a la reparación del daño una vez que éste se haya producido sin haber previsto su evitamiento", pues precisamente el desarrollo de estos derechos de tercera generación, implican en cierta medida esta cuestión tan importante y trascendente como hacer incapie en la prevención.

Los derechos personalísimos así entendidos, aseguran un mínimo de dignidad en el hombre, ya no en sus fases de productor-obrero²⁴ o de mero consumidor sino como ser humano, tales como el derecho a la vida, la integridad física; el derecho al propio cuerpo; la integridad espiritual; los datos personales; la intimidad, etc. van, conformando como un halo protector e irreductible.²⁵

Al respecto el Pacto de San José de Costa Rica entraña un hito en la materia²⁶ y nuestro art. 1071 - incorporado por la Ley 21.171 - aunque solitario, implica una con-

ista importantísima, pues su "régimen ulatorio" puede perfectamente aplicarse a esto de los derechos.²⁷

Debemos destacar además que esa fase de prevención aludida por el maestro peruano, e aún con imperfecciones, está expresada la normación con "la orden judicial de acción" en la agresión, así como también posibilidad de "publicación de la sentencia", una forma de conocimiento social en la vindicación del agredido.

En suma la consolidación de los derechos personalísimos incluso a nivel de algunas instituciones provinciales, es una arquización de dignidad del ser humano²⁸ como esfera de imputación, sino como puesta ética²⁹ de la sociedad.

2.4. Los derechos ambientales y ecológicos

Esta cuarta generación de derechos del hombre, encuentra, en la Enciclica *Populorum Progressio* su mejor expresión: el verdadero desarrollo es el paso para cada uno y para todos de condiciones de vida menos humanas, a condiciones mas humanas" y si a ello conjugamos, la finalidad con que en 1989 fue creada la Comisión Nacional de Políticas Familiares y Población³⁰ - cuyo objetivo prioritario es: elaboración y ejecución de políticas nacionales referidas a familia, su desarrollo, fortalecimientos y mejora de la calidad de vida - queda sobre la mesa, la idea central de este conjunto de derechos: el derecho de la familia y del hombre a un habitat sano³¹.

La ecología humana como disciplina, se encarga del estudio de las relaciones del hombre con su entorno, su medio y el ecosistema del planeta, especialmente la incidencia de factores que el hombre introduce, que no solo perturban la relación natural, sino que coloca al planeta en situación de serio riesgo de extinguirse.³²

Este es un derecho inalineable e renunciante y por ende no puede ser per-

turbado con el pretexto de generar bienestar para toda la sociedad, como se hace en la realidad.

No es vano señalar que por ello la problemática de los daños ambientales se torna mas compleja y sobre todo de la actualidad, en donde el crecimiento económico impulsado a partir del ajuste del sistema capitalista por neoliberalismo, agrade a la familia en la preservación del medio ambiente y se condena al futuro del mundo en su existencia misma³³.

Es indudable que el Estado como categoría distinta del régimen político de turno, debe cumplir un rol trascendente en la sociedad, con total independencia de los grupos económicos que tratan de bajar sus costos contaminando a la humanidad toda y esgrimen como único argumento el progreso y bienestar de generaciones venideras, han pasado siglos desde que fue esgrimida por primera vez esta frase - más precisamente en el comienzo de la revolución industrial - y sólo hemos conseguido eliminar miles de hectáreas verdes, contaminar millones de litros cúbicos de agua y hasta el aire comienza a sufrir su influencia.

No es posible que los niños del subdesarrollo estén condenados a la contaminación y a la decadencia por la sola decisión de los países desarrollados de expulsar ahora sus industrias contaminantes al tercer mundo y privarnos de un derecho íntegro a la vida, valor supremo de la cristiandad.

En este sentido el art. 2618 del C. Civil introducido por reforma de 1968, representa un aporte importante y trascendente, pero que sin duda se va tornado insuficiente, complementado hoy con la sanción de la legislación de expulsión de residuos peligrosos³⁴.

Pensamos sin embargo que el Estado como custodio último de los valores individuales y sociales, tiene un indelegable deber de prevenir las situaciones de

contaminación o degradación del medio ambiente y hacia allí debe orientar su acción más importante.

3. La problemática de la reparación de daños

Podríamos decir sin temor a equivocarnos que la misma evolución que presentamos para los derechos del hombre, puede sostenerse legítimamente para lo concerniente al "derecho de reparar el daño"³⁵.

Así podemos distinguir cuatro etapas: la primera con el Código Civil del siglo pasado; la segunda con el aporte de la doctrina y la jurisprudencia desde 1930 en adelante, que se plasma en la reforma del 1960; los aportes para la ampliación de la categoría jurídica de daño resarcible durante las décadas del 70' y 80', especialmente como fruto de un sin número de congresos y jornadas, en donde se inscriben el Proyecto de Unificación Civil y Comercial posteriormente vetado por el P.E. y los proyectos de Código o Ley de Defensa del Consumidor, que luego se plasman en la actual normación con todas las incongruencias y deficiencias; por último el actual intento de regresión, que lo dejaremos para el análisis final.

3.1. El esquema reparativo-sancionario del Código Civil

La lógica de Velez Sarsfield históricamente era extraída del pensamiento europeo, especialmente del Código de Napoleón que se inspira en los principios de la Revolución Francesa, del cual precisamente Napoleón es su culminación.³⁶

La idea central era la "reparación como castigo", ya que si todos los hombres en la sociedad se los "presentaba formalmente" como libres e iguales, el daño aparecía como una conducta desviada que debía ser reencausada por medio de la sanción al agente dañador y muy especi-

almente haciendo incapie en el aspecto patrimonialista de la problemática.

Baste para ello una simple lectura a los arts 506; 508; 511 y 1068 entre otros, para asentar la idea patrimonialista del daño.

La idea del daño moral aparece como algo excepcional en el viejo art. 1078 del Código Civil y ligado a la simultaneidad de acaecimiento del delito del derecho penal.

En esta línea de pensamiento, el factor de atribución no puede ser otro que la culpabilidad - responsabilidad subjetiva - donde se hace palpable el "reproche social"; es la conformación de cierta tipicidad del daño resarcible, incluso la medición de la extensión de la indemnización no se hace en función del daño efectivamente sufrido, sino atendiendo a la "intensidad" de aquel reproche y se edifica en torno a él las consecuencias³⁷ (conforme al modelo social de la culpa o negligencia y el dolo).

El esquema trascurre hasta 1900, que como ya señalamos se escinde el daño devenido de un accidente laboral, que inicia la aplicación de un factor objetivo de atribución; en cuanto a la indemnización aparece tarifada como es propio de ese ámbito y reflejo de la legislación de otros países que sufrieron el choque de la revolución industrial³⁸ antes que el nuestro.

Pensamos que este esquema funcionó con sus mas y sus menos hasta fines de la década 30', luego a partir de la industrialización del país para el proceso de sustitución de importaciones comienza a sentir el desajuste³⁹, pues aparecen daños devenidos con la intervención de cosas que iban desbordando el esquema y creando situaciones de injusticia.

3.2. La reforma de 1968 y la solución solidaria del derecho de daños

Los Congresos y Jornadas se sucedían - aún cuando no con tanta asiduidad e intensidad como en décadas posteriores - y podríamos decir que en el Congreso Nacional de Córdoba de 1961 de alguna manera se oficializan

ertas premisas y propuestas de cambio, que jurisprudencia comienza a internalizar y plasmar en algunos fallos progresistas.

La Ley 17.711 de reforma del Código Civil introduce toda esa corriente progresista, a avés de la figura ceñera del Dr. Guillermo Ordo.

El art. 954 de C. Civil como modelo leológico de equidad económica y fuente de reparación del daño patrimonial causando por el desequilibrio contractual de las prestaciones⁴⁰; el art. 1071 del mismo cuerpo normativo, enaltece la finalidad del ejercicio de los derechos, estableciendo como causa autónoma de reparación de daños el ejercicio abusivo del derecho subjetivo⁴¹; el art. 1198 del C. Civil, impidiendo el daño devenido de causas externas al contrato que afecten las bases económicas del mismo, durante su ejecución, etc. El esquema del daño contractual - sin que esto agote la problemática - se vio ampliado por la legislación del daño moral a avés de una muy discutida redacción en el art. 522 del C. Civil, pero que sin duda representa un avance notable en la conformación de la categoría jurídica del daño resarcible.

En el ámbito extracontractual el avance que tenemos fue mucho mayor⁴², pues con la sola mención del art. 1113 en lo concerniente a la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa y toda la interpretación deontológica que realizó la doctrina y los numerosos fallos progresistas de nuestros Tribunales, se fue conformando un verdadero escudo protector del hombre contra los daños producidos por cosas o máquinas, introducidas a la sociedad sin medir las consecuencias.

El art. 907 y 1069 del C. Civil, dan cuenta de la idea de equidad⁴³ como nueva medida de reparación de daños.

El art. 2499 del C. Civil - aun desahogado - que establece la posibilidad de medidas preventivas del daño y el 2618 del mismo Código, en cuanto merita a las molestias como nuevo aspecto en la causación del daño.⁴⁴

En suma, el valor de la reformulación del sistema de 1968 está en que rompió con el viejo esquema dorsal y casi único de la responsabilidad subjetiva que era totalmente inadecuado para los tiempos de la modernidad, creando un sistema de vías paralelas tendientes a facilitar al damnificado la reparación de su daño, precisamente porque éste era el nuevo vértice del esquema modificado, como señalamos con una idea mas solidarista.⁴⁵

3.3. La década de los años 80

Las interpretaciones en derecho, sin duda dependen de las ideologías y de las concepciones filosóficas,⁴⁶ para nuestro modo de sentir y pensar, creemos calificarla como una década brillante para la doctrina argentina, muy especialmente a partir de la instauración de la democracia en 1983.

Nunca se había registrado tal cantidad de jornadas, conferencias, congresos y demás eventos científicos, para la maduración del derecho y especialmente en el ámbito civil; nunca antes se había producido tal cantidad de obras como las que se editaron y esto sostenemos es - a pesar que en otras áreas no se dio con esa intensidad - es consecuencia de la democratización que experimentó el derecho.

En nuestro continente es trascendental la generación y consolidación del daño psíquico; el daño al proyecto de vida; el daño biológico, etc. que van delineando una tendencia de despatrimonialización del daño⁴⁷ y su consiguiente humanización.

Como señalamos ut-supra, la presentación del Código Único Civil y Comercial, entre otras cosas, mejoraba la redacción del art. 1113 en materia de reparación de daños producidos por las cosas y lo extendía a la actividad riesgos; el establecimiento de la solidaridad en la cadena de producción, circulación y comercialización de los productos, etc., consolidaban un derecho de daños mas consustanciado con la realidad.

Complementario de esto fueron los numerosos proyectos de Ley de Defensa del Consu-

midor y que lamentablemente terminó sancionándose sólo una mínima parte del esquema protectorio y reparativo para este sujeto minusválido en la sociedad pos moderna.

Arribamos así a nuestros días más próximos - el inicio de 1991 cuando aparece en escena el plan de ajuste que si bien se venía perfilando y anunciando desde el plan austral, luego primavera, etc. se pone en ejecución con el Ministro Domingo Cavallo y sin duda esto es de trascendencia para nuestra problemática de la reformulación de la categoría del daño resarcible; pero antes de abordar esta última cuestión, es necesario al menos breve y elementalmente presentar dos o tres cuestiones de aquella situación que cambió sin duda la vida de los argentinos.

4. El ajuste estructural del sistema de economía capitalista y sus consecuencias

4.1. Consideraciones generales sobre el ajuste

La primera pregunta que tendríamos que hacernos, debiera estar referida a qué es el ajuste? y por qué debe darse?, dejando para un segundo momento, lo atinente a las causas que generaron la crisis precedente necesario de aquí.

La idea central se refiere "a la capacidad de las economías de las instituciones y de las sociedades para adecuarse a las circunstancias cambiantes, para crear y explotar nuevas oportunidades y asignar recursos sobre estas bases⁴⁸."

El ajuste⁴⁹ es más difícil de definir, pero en principio podríamos decir que ante la falta de respuestas adecuadas en forma "natural" por parte de las economías nacionales, instituciones y sociedades, el Estado debe establecer un "programa" de reconversión de su economía, para adecuar la interna y externamente a los niveles requeridos para que persista la acumulación del capital individual y social.⁵⁰

Abordaremos ahora el otro extremo del ajuste; la crisis estructural del sistema, y lo más importante sus causas.

Una de las causas principales o tal vez la más importante y trascendente es a nuestro modo de ver (con su rasgo persistente desde 1970) la caída de la tasa de ganancia, ahora bien en realidad podríamos decir con determinado grado de certidumbre, que esta solo fue la "manifestación externa" de la crisis y que sus causas ocultas son múltiples.⁵¹

Sería imposible abordarlas por su complejidad y no alejaría de nuestro tema central, y lo hemos realizado en un trabajo anterior al cual nos remitimos⁵² por lo que sólo analizaremos lo atinente a la curva descendente de la tasa de beneficio y su significación para el derecho de daños.

Este ritmo descendente, es de suma importancia para los capitalistas que dejan de producir la acumulación e inmediatamente buscarán nuevos horizontes para sus inversiones.

Cuando esto sucede en las empresas proveedoras a la sociedad de bienes y servicios, existen numerosos recursos para recomponer la misma y uno de ellos - no digo que sea el único - es comenzar a trasladar riesgos a los consumidores o usuarios⁵³ y esto desemboca tarde o temprano en la restricción de la categoría jurídica del daño resarcible.

Trataremos a continuación de establecer una serie de supuestos en donde aparece la traslación de riesgos o restricción al daño responsable a partir de las políticas de ajuste.

4.2. Supuestos de traslación de riesgo derivados de la política de ajuste

Un problema inicial es el relativo a la expulsión de trabajadores de las empresas⁵⁴, que si bien en los países desarrollados se dió en alguna medida, se palió a través de los seguros de desempleo primero y luego de la reclasificación que logra en gran medida un cierto reencausamiento.

En los países subdesarrollados, como la Argentina, no se detectan soluciones parecidas y esto significa un grave daño a la posibilidad de generar riquezas del *homo*

nomicus, con lo cual, se afecta el proyecto de vida; un daño que ha sido reconocido en la última década y de esta forma se lo vulnera, instituyendo sin duda un empobrecimiento⁵⁵ (sobre todo en la clase media, media y baja).

Este desplazamiento de miles de personas de la actividad laboral que pasan al mundo de la subocupación o directamente el desempleo, implica además una cascada de daños que van desde el mismo hecho de la pérdida de la habilidad laboral (lo que psíquicamente es un factor de desequilibrio de vida) el desamparo socio-asistencial⁵⁶; la casi destrucción de la familia, con el consiguiente desamparo y atención de los niños y jóvenes que ven interrumpido su futuro o que son condenados a permanecer en el submundo de la pobreza, perdiendo la posibilidad del ascenso por la movilidad social.

Dentro del esquema del sistema laboral, la mala legislación en materia de accidentes de trabajo o enfermedades, actuando en dos sentidos: una mayor traslación del riesgo al trabajador o absorción del propio desgaste en la capacidad de generar riquezas (vender su fuerza de trabajo), y por otro lado, la fijación de un precio "tope" a la vida de la persona en relación de dependencia.⁵⁷

Mucho sería lo que podríamos agregar en este aspecto y larga sería la lista, lo dejamos a la imaginación del lector, simplemente queremos cerrar este primer aspecto, en lo que hace a la traslación de riesgo innecesario de los "agentes contaminantes" de las fábricas, que especialmente se producen en los países subdesarrollados y que no son resarcidos, como la contaminación interna, el exceso de ruido, la falta de descontaminación después de la tarea laboral en los sectores donde se manipulan elementos tóxicos, verbigracia plantas nucleares, aparatos de acelerador lineal⁵⁸, etc.

En los bienes de consumo masivo especialmente en aquellos necesarios para el alimento y la reproducción humana, existe un vacío

estatal - el retiro del Estado de sus roles - algo constantemente señalado por la política de ajuste y atribuido a su supuesta ineficiencia (no a la de los funcionarios que son impropriamente designados o a la falta de asignación de recursos o a la falta de tecnificación adecuada) que permite a las empresas actuar libremente, baste recordar los supuestos de muzzarella; propóleo o vinos; la falta de higiene en los establecimientos donde se elaboran y con una simple multa-contaminante, se libera, propio de los países subdesarrollados donde la falta de legislación adecuada permite aún el fraccionamiento de alimentos en inadecuados envases,⁵⁹ etc.

El daño que se genera, sólo puede llegarse a reparar, si se identifica a los responsables de la cadena de fabricación, circulación, distribución y comercialización, lo cual en las actuales condiciones legales resulta casi imposible, por ausencia de normas adecuadas y por otra parte, el Estado en sus diversos organismos no asume su responsabilidad por la omisión de control, así quedan varios centenares de muertos y peor aún, los miles que quedaron con secuelas - algunos que jamás se enteran - o el deterioro en el desarrollo de los niños, baste señalar el caso de que en los hipercentros de consumo se venden alimentos con contenido vitamínico⁶⁰ y es entonces la madre o la abuela que por la publicidad inductiva o subliminar, decide qué vitamina debe dársele a los niños, en cambio del facultativo y bien sabemos que existen ciertas vitaminas, que deben suministrarse adecuadamente, caso contrario pueden traer hasta problemas cardíacos.

En suma, otro traslado de riesgo y otro daño que debe soportar la persona humana, desde lo más elemental, de su propia subsistencia.

En materia de productos fármacos, baste con mencionar el "caso propóleo" (que ni siquiera tenía autorización para expedirse al público) o el caso de las "aspirinetas"⁶¹ que

continúan siendo de venta libre pese a que en países desarrollados se ha prohibido su circulación.

La falta de una adecuada y moderna legislación en materia de identificación de productos similares que son rotulados con distinta denominación para generar una falsa competencia, aún dentro de un mismo laboratorio, es una forma de daño al hombre.

La problemática de daños ambientales, que cada día se torna más compleja y que es dejada de lado por la excusa del crecimiento económico y la promesa de un futuro de generar progreso - que no se vislumbra -, y lo concreto es que hoy se agrade el valor vida, la tranquilidad familiar y la preservación de un habitat saludable.⁶²

Baste recordar el "caso de industrias Copetro" y su polución, que ya ha costado la vida de niños y la afectación de cientos de personas que viven en los alrededores de la instalación fabril.⁶³

Aquí está una de las cuestiones más interesantes de la modernidad-posmodernidad, cuál es el límite tolerable en la polución. La contradicción entre la sociedad y los grupos económicos por el corrimiento constante de la tolerancia.

Esto tiene mucho que ver con los procesos de ajuste, pues para algunos, la atracción de capitales implica una determinada permisión de contaminación ambiental, otros pensamos en cambio que se debe exigir a las empresas que adecúen sus procesos productivos a las modernas tecnologías no contaminantes, pues es un reaseguro para las generaciones venideras.⁶⁴

Pero sin llegar a esos extremos, hemos tenido en los últimos tiempos el daño provocado por las formas más primitivas y burdas de contaminación, simplemente arrojar los desechos industriales⁶⁵ o productos químicos en las cloacas, baste recordar la instalación de gases tóxicos en Avellaneda⁶⁶, apenas veinte Km de la Capital Federal, donde la muerte asoló nuevamente.

Esta larga lista, no es más que recordarle al lector cada hecho cotidiano que más allá del sensacionalismo que utilizan las empresas periodísticas para ganarse la audiencia o la venta de diarios, no aporta elementos en lo que intentamos demostrar que es simplemente cuando la tasa de beneficio inicia su período cíclico descendente, las empresas comienzan a producir desplazamientos de riesgos hacia los trabajadores, consumidores o usuarios, en suma, hacia el ser humano, con la complicidad o aval del Estado, como metodología de recomposición de su tasa de ganancia y su proceso de acumulación. Esto es historio-gráficamente cierto y demostrable.

4.3. El derecho emanado del ajuste

Desde la puesta en marcha del "plan de ajuste", la legislación comienza a ser dispersa y contradictoria, fundamentalmente a través de Decretos y Resoluciones de los Ministerios - especialmente de Economía y Trabajo - con lo cual se va acompañando el proceso de traslación de riesgo y esto fundamentalmente se hace en forma encubierta.

En materia laboral, se insiste con bajar el famoso costo argentino y se desregula, con lo cual se permite la introducción de mano de obra de países limítrofes barata - denominada en otros puntos del planeta como africanización o mexicanización - en nuestro supuesto especialmente a los nacionales de Paraguay y Bolivia para la construcción y saneo de empresas de servicios, verbigracia Telecom o Telefónica que lo realizan por subcontratistas efímeros y circunstanciales; brasileños, como en la actual planeta de generación de energía de Dock Sur,⁶⁸ etc.

La insistencia en la famosa ley de "flexibilidad laboral" que cada día se presenta como mas denigrante para los trabajadores haciéndoles asumir las prestaciones sociales indirectas - por vía de eliminación de aportes patronales - y generándoles mayores

ligaciones con salarios deteriorados o de poca subsistencia.

La apertura indiscriminada y unilateral de fronteras para toda clase de productos-especialmente alimenticios y vestimentas con la excusa de "generar una mejor competitividad" o que en realidad se logró fue el cierre y la fiebre de numerosas empresas argentinas (pequeñas y medianas); pero además, no se utilizan controles de calidad o seguridad de higiene en alimentos, bebidas, etc. en las zonas fronterizas.

El veto del Poder Ejecutivo a la Ley de Defensa del Consumidor en donde se dice presuntamente que contraría los fines del plan⁶⁹, dejando a los consumidores sin la responsabilidad solidaria de los que intervienen en la cadena de producción, circulación, distribución y comercialización, alegando que lo no sucede en nuestro socio en el MERCOSUR - Brasil -⁷⁰ o en la CEE71, lo cual es absolutamente falso, ya que en ambos casos existe tal responsabilidad.

La promulgación de la Ley de Defensa del Consumidor, sin una adecuada justicia de merced, cuantía, procedimiento rápido y gratuidad, hace inválida para los fines que se dictó el proyecto por sus autores en el Congreso Nacional.

La sentencia dictada en el daño Pepsi-Cola, respecto a la no solidaridad en materia laboral de empresas ligadas con contratos de colaboración, implica otro hito importantísimo en la pérdida de derechos laborales. Pero más allá de este tema occidental, es la cuestión de fondo y los términos del fallo, lo que coloca la cuestión en el centro del huracán, que nuestra Corte Suprema de Justicia, sin ningún pudor advierte que es necesario tener en cuenta la perspectiva de los inversionistas extranjeros y el modelo económico en marcha.

En suma, el derecho emanado del ajuste se contrapone a la idea solidarista del derecho y a la Teoría General de Daños.

5. Conclusiones

Nos permitimos realizar este rápido, con la idea de demostrar que la categoría jurídica de daño reparable formalmente consigue ampliar sus fronteras, sin embargo, por los caminos de los hechos (realidad socio-económica) ella va sufriendo los embates de normas desordenadas, jurisprudencia retrógrada, que hacen pragmáticamente vaciar de contenido a aquella categoría formal.

La falta de una legislación expresa sobre grupos económicos, o análisis económico serio sobre control de producción, circulación y comercialización, puede dejar a los consumidores en la mayor desolación frente a la tutela de sus derechos y la acaecencia de daños.

El Estado, como bien dice Bonefeld, como "estructura hegemónica de poder de coerción y de represión, no puede alcanzar la autonomía que se pretende" y constituye silenciosamente una herramienta de disociación y apartamiento de valores sociales; nos coloca en el drama del posmodernismo, reduciendo las demandas; desregulando; minimizando los problemas; revalorizando las fuerzas del mercado, colocándose de espaldas a los derechos de la clase media, vaciándolas en su contenido histórico y llevándolas a la estructura de "procesos sin sujeto."

Para los hacedores de los planes de ajuste, el momento decisivo ha llegado, deben demostrar todo el sistema solidarista de derecho del Estado de bienestar en donde la categoría de daño resarcible había adquirido - para ellos - una dimensión descomunal y sublimar el proceso de la liberación cultural del hombre-individuo, mediante el consumidor responsable, el trabajador libre, el ser humano inteligente y exigente de la calidad en la elección, consagrando así la utopía de la autosuficiencia formal.

La categoría de daño jurídico resarcible permanece formalmente inalterable, sin embargo las estrategias de descentralización

desregulación, privatización, iniciativa privada; desempleos, promoción del sistema educativo pago, van desnudando y deslegalizando la contradicción, hasta vaciar de contenido real al daño, colocándolo como demanda ambiciosa de abogados inescrupulosos o supuestos irrealistas para la economía posible de finales del siglo XX.

La nueva realidad del capitalismo salvaje surgido de este ajuste en los países subdesarrollados, sólo ve en las relaciones de producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios, formas económicas de acumulación, de ninguna manera contempla a los procesos sociales de integración humana, conforme a un ideario de justicia, ética y equidad, de donde puede derivar el daño.

El corrimiento entonces del daño soportable - necesario para la supervivencia del hombre - se presenta como común a la humanidad y por ende no resarcible, va ampliando sus fronteras y avanzando sobre el daño resarcible, de tal forma que éste se minimice y se coloque en situación de control y sea un dato más, cualificable en la economicidad del sistema.

Esta disfuncionalidad del final del siglo XX, implica un modo de articular el disciplinamiento social y legitimar la reformulación de la categoría jurídica del daño resarcible como proceso profundo de descomposición y recomposición de la sociedad mínima.

No iremos más allá, pues el proceso está en gestación y sería colocarnos en el papel de adivinos de la historia y no es nuestra pretensión; sólo advertimos y alertamos del problema, tratando de generar una contratendencia fundada en la defensa del ser humano por sobre las estructuras de la sobre acumulación capitalista, con fundamentos en la solidaridad social, la ética y la equidad.

Notas

* Quiero agradecer profundamente al Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro, haber tenido de deferencia - inmerecida por mi parte - de invitarme a meditar, en la celebración de los 10 años de su importante y trascendente Revista.

1 Respecto de esta misma problemática, pero en relación a la teoría general de contratos, hemos hecho un análisis similar de un artículo publicado en el diario La Ley del 10 de junio de 1993.

2 Barsky Osvaldo y Bocco Arnaldo-Respuesta a Martínez de Hoz, pág. 13 Uno de los objetivos implícitos del libro 15 años después, revelado por el antiguo funcionario del régimen militar, es la de vincular su política de transformación con la que hoy aplica el gobierno menemista y el ministro Cavallo en especial... esto dio pie a la creación de una forma de valorización ejecutiva, conocida popularmente como la bicicleta financiera, que en el espacio económico interno funcionó como instrumento de acumulación del poder, para ampliar la concentración del ingreso y para profundizar la dinámica ya consolidada de propiedad del capital Ed. Imago Mundi Bs. As. 1991.

3 Consulta-reportaje a Bernardo Grinspun y Adolfo Conitrat en el diario Página 12 del día 24 de octubre de 1993.

4 James, Daniel: "Resistencia e integración. El peronismo y la clase trabajadora argentina." 1946-1976, Editorial Sudamericana, Bs. As. 1990.

5 Rock David: La Argentina autoritaria. Los nacionalistas, su historia y la influencia en la vida pública. Editorial Ariel, Bs. As. 1993.

6 Ghersi, Carlos Alberto: "La responsabilidad por daños y el análisis económico del derecho", en la obra derecho de daños en homenaje al Dr. Moset Iturraspe, Ed. La Rocca, Bs. As. 1989.

7 Schafer, Hon By Ott Claus: "Manual de análisis económico del derecho." Ed. Tecnos. Madrid 1991.

8 Es necesario señalar para aquellos que lo desconocen, que el Congreso Internacional de Daños organizado por la Asociación de Abogados de Bs. As. y celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, aportó ya dos obras homenaje, la primera al Dr. Moset Iturraspe y la segunda al Dr. Trigo Represas y dos obra post-congreso (1ra y 2da), en donde se transcriben conferencias, conclusiones y trabajos inéditos, los cuales son citados continuamente por nuestros tribunales, incluso alguno de ellos en fallos concretos como los atinentes a la libertad de prensa - Tato Bores/María Servini de Cubria - además son de consulta permanente de alumnos y profesores.

9 "Daño y protección a la persona humana." Ed. La Rocca, Bs. As. 1993.

10 El premio Nobel de 1993 fue otorgado a Robert Williams Fogel y Douglas North, diario Clarín suplemen-

conómico "No se trata de la historia en sentido clásico, de historiografía económica, como creencia de las instituciones y procesos de políticas económicas." Diario rín del 17-10-93.

2aine, Thomas: "Los derechos del hombre", pág. 7 antes la revolución americana, la política como ciencia no tenía: existían utopías consideraciones sobre la sociedad sófica política dirigida a la reflexión, es decir, filosofía ítica solo por filósofos, pero no existía una ciencia ítica dirigida no solo a la reflexión de algunos hombres, a la formación de conciencia de grandes masas de mbres para guiarlos en su actividad práctica. Ed. spanoamérica, Bs. As. 1954.

Consult. Galbraith. K. John: "Historia de la nomía", Ed. Ariel, Bs. As. 1993.

Kossok, Madrid, Sobul, Albert y otros: "Las revoluciones burguesas." Ed. Critica. Barcelona, 1983.

Soboul, Albert: "La Revolución Francesa", pág. 55 ra los fisiócratas, el Estado se había constituido para antizar el derecho de propiedad." Ed. Tecnos Madrid, 13, 4ta reimpresión.

Teran Oscar: "Alberdi, póstumo", pág. 101. sociedad de la América Moderna es y debe ser el punto mira de los hombres llamados a ayudar a su evolución ural, desde el gobierno, desde la Cátedra, desde la prenen todos los terrenos", Ed. Puntostur Montevideo, 18.

Azcuy Ameghino Eduardo: "Economía y sociedad onal en el Ambito rural Bonaerense." Separata de nomía e historia. Copilador Mario Rapoport, pág. 64 ntea que el modo prevalente colonial es de contenido dal y señala que los terratenientes, mercaderes y reros del Río de la Plata son luego los beneficiarios del der en la conformación del nuevo Estado-Nación. Ed. sis, Bs. As. 1988.

Jaures, Jean: "Causas de la Revolución Francesa" (Unos tos recuperados del olvido, fundamentales para nprender los orígenes de la Revolución Francesa), pág. i. Ed. Critica, Barcelona, 1982.

Consult. Mayorga Lorca, Roberto: "Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales." Jurídica de Chile, Chile 1990.

Oddone, Jacinto. Gremialismo proletario argentino. origen, su desarrollo, sus errores. Su ocase como vimiento democrático libre. Ed. Libera, Bs. As. 1975. Consult. Reajuste estructural en la República Federal Alemania y Japón. Informes OIT. Ed. Ministerio de abajo y Seguridad Social de España, Madrid, 1990.

Consult. Neuborg, Chris de Desempleo y Flexibilidad mercado laboral en los países bajos. Informes OIT. Ministerio de Trabajo y Seguridad de España. Madrid, 1991. Standing Guy. Desempleo y Flexibilidad del Merlo Laboral en Suecia. Informes OIT. Ed. Ministerio de abajo y Seguridad Social de España, Madrid, 1990.

Mandel, Arthur I: "Los derechos y las personas", pág.

7 Tratar a un individuo como poseedor de un derecho significa tan sólo considerarlo como un ser capaz de

gozar de las cosas buenas y de sufrir perjuicios o daños, o como un ser capaz de causarle estas mismas cosas a otro. Equivale a considerarlo como una persona que debe ser respetada por los derechos que tiene y que, como consecuencia de los derechos, es una persona con la que podemos unir nuestras vidas y tener relaciones con ella sobre la base de una misma comprensión o entendimiento moral compartido. La moralidad obliga a todos los agentes morales a aprender a conservar y favorecer o fomentar - no perjudicar o dañar - aquellas relaciones morales que son posibles precisamente gracias a otros derechos que poseen como personas. Ed. F. C. E. México, 1977.

23 Fernández Sessarego, Carlos: "Derecho y persona." Ed. Inelsa. Perú, 1990, y Protección Jurídica de la Persona, Ed. Universidad de Lima, Perú, 1992.

24 Cifuentes Santos: "Elementos de Derecho Civil. Parte General", pág. 46. "Son un medio mas eficaz de la defensa de la persona en su aspecto individual, la tutela de su dignidad y libertad." Ed. Astrea, Bs. As., 1992.

25 Ghersi Carlos: "Derecho Civil. Parte General", pág. 211 "Al respecto coincidimos con Barcesat cuando dice: "La dignidad y su reconocimiento y protección expresa una remisión necesaria al contexto social histórico. Esa dignidad expresa el desarrollo social." Ed. Astrea Bs. As. 1992.

26 Albanese, Susana: "Promoción y protección internacional de los derechos humanos." Ed. La Rocca, Bs. As., 1992.

27 Atienza Rodríguez Manuel. "Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico", pág. 155. "La analogía es un tipo de razonamiento analítico, el que permite utilizar la experiencia acumulada en el pasado para la resolución de nuevos problemas que son distintos de los ya resueltos pero asimilables de alguna manera a ellos." Ed. Civitas Madrid 1986.

28 Consult. Bittar, Carlos Alberto: "Os Direitos da personalidade." Ed. Forense Universitaria. São Paulo 1989; González Peres, Jesús: "La Dignidad de la persona", Ed. Civitas S.A. Madrid 1986.

29 Larenz, Karl. Derecho Civil. Parte general pág. 45 "El personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es persona en sentido ético, un valor en sí mismo - no simplemente como medio para los fines de otros - y en ese sentido una dignidad. De eso sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho de ser respetado, por él como persona, a no ser perjudicando en su existencia (la vida, cuerpo y salud) y en su ámbito propio de sí mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de mundo análogo", Ed. Edersa, Madrid, 1978.

30 Decreto número 2376 del poder ejecutivo de fecha 3 de diciembre de 1986.

31 Las X Jornadas nacionales de derecho civil, celebradas en Mar del Plata en 1983 señalaron como primera conclusión: "el derecho a la preservación del medio ambiente es una de las garantías impuestas en nuestra constitución nacional."

32 Russel, Bertrand. "Tiene el hombre futuro?", pág. 169.

- Cabe esperar que la liberación del espíritu humano, conduzca nuevas alturas de esplendor, belleza y sublimidad imposibles en el estrecho y feroz mundo del presente y pasado. Ed. Bruguera, Barcelona 1962.
- 33 Parece obvio pero conviene insistir que la falta de habitat adecuado es una de las causas de mayor mortalidad infantil o de menor desarrollo intelectual y físico. Consult. Berg. Alon D. Desnutrición y desarrollo nacional en "Foring affair" 1967.
- 34 Jacobo Gabriel y Rouges Carlos: "Régimen legal de los residuos peligrosos" (Ley 24-051) D.R. 831/93 Ed. De Palma Bs. As. 1993.
- 35 Consult., Santos Briz, Jaime: "Derecho de daños." Ed. Edersa, Madrid, 1963.
- Martínez Rave, Gilveto: "La responsabilidad civil extracontractual en Colombia." Ed. Dike, Medellín 1993.
- Alterini, A. y López Cabana, R.: "Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil." Ed. LL. Abril 1988.
- 36 Soboul, Albert: "La Francia de Napoleón, pág. 15 Los redactores del Código tuvieron como preocupación esencial organizar las relaciones privadas de tal forma que quedase asegurado el buen funcionamiento del sistema económico instaurado por la burguesía." Ed. Critica, Barcelona, 1993.
- 37 Compagnucci de Caso, Rubén: "Fundamentos de la responsabilidad civil: culpa y riesgo" en obra Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe pág. 50 "Desde el punto del buen orden social, el principio de que no hay responsabilidad sin culpa, es un escudo que ampara a inocentes asegurándoles que mientras no sean culpables, no tendrán sanción que soportar." Ed. La Roca, Bs. As. 1989.
- 38 Consult. Mori Gregorio: "La revolución industrial." Ed. Critica, Barcelona, 1987, Perez Luño, Enrique A.: "Nuevas tecnologías y derecho." Ed. Fundesco, Madrid, 1987.
- 39 Consult., Coriat Benjamin: "El taller y el cronómetro". Ensayo sobre el Taylorismo y el Fordismo y la producción en masa", pág. 43 y "finalmente, ahí la terrible eficacia del Fordismo, pues al inaugurar el despotismo tranquilo y absoluto de los tiempos y los movimientos, va aún más lejos que el Taylorismo y desde el punto de vista económico, contribuye de manera propicia y específica a acelerar las mutaciones en curso." Ed. siglo XXI, México 1991.
- 40 Ghersi Carlos A.: "Derecho Civil parte general." Podemos sintetizar la idea central de esta forma: que si bien los actos jurídicos en la economía capitalista son por esencia una herramienta de ventajas patrimoniales, ellas deben guardar una necesaria conexión con los sacrificios y la realidad económica circundante, que le sirve de marco y esto opera como principio general. De allí que toda situación de desproporción - juzgada a la luz de una evaluación económico-patrimonial - permite señalar que dicho contrato no cumple teleológica o de razón social, para la cual ha sido dispuesto por la comunidad; salvo una causación real en el liter volitivo, como lo señala con todo acierto, De Gasperi, Ed. Astrea, Bs. As. 1993.
- 41 Cossio, Carlos: "La Teoría egológica del derecho. Su problema y sus problemas", pág. 37 Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1963.
- 42 Kemelmajer de Carlucci, Ayda: "Temas modernos de responsabilidad civil", pág. 23 "La responsabilidad objetiva no se caracteriza por exigir solo una relación de causalidad, si así fuera, sería cierta la crítica del maestro Llambías, cuando afirmaba que el derecho no es ni puede ser una de las acciones. Los factores objetivos de atribución prescripciones, además de la relación de causalidad una relación suficiente para que el responsable se haga cargo de las consecuencias del hecho dañoso." Ed. Asesorandina, Lima 1991.
- 43 Ghersi, Carlos A.: "Reparación de daños" "En este caso la situación jurídica a reparar reúne los mismos requisitos generales (hecho humano, daño y relación de causalidad) y los específicos (inimputabilidad-antijuridicidad), pero se diferencia en la inexistencia de requisitos y en la forma de reparación. Esta situación, en primer lugar, no requiere un enriquecimiento como consecuencia del hecho y, fundamentalmente puede atender a la reparación del daño patrimonial o material y la del extrapatrimonial o moral. Por otra parte debemos destacar que la cuantía de la reparación presenta en el precripto legal singulares características, ya que parece liado a la condición patrimonial del autor material y del dañado." Ed. Universidad S.R.L. Bs. As. Edición 1993.
- 44 Ghersi, Carlos A.: "Responsabilidad por daño ecológico. Las tendencias de un poder judicial independiente de grupos económicos. El valor de la justicia social." J.A. 25-8-93.
- 45 Recordamos la lectura de los distintos trabajos de la obra homenaje al Dr. Jorge Moset Iturraspe. Elaborado con motivo del 1er Congreso internacional de daños en 1989 organizado por la Asociación de Abogados y Bs. As. y publicado por la Ed. Roca Bs. As. 1989, pues allí se puede apreciar claramente esta tendencia solidarista que intentamos demarcar.
- 46 Cossio, Carlos: "La causa y la comprensión del derecho." Ed. Juarez Bs. As. 1969; Comunicaciones volumen I del Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, La Plata 1987.
- 47 López Cabana, Roberto y Goldenberg Isidoro. "Daños a la persona. De la tesis de la inviolabilidad de la persona" en obra: Daño y Protección a la persona humana del 2º Congreso Internacional de Derecho de Daños, pág. 173 y sgtes. Ed. La Rocca, Bs. As. 1993.
- 48 Ajuste estructural y comportamiento de la economía. Informe OCDE N° 34, pág. 29. Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad social de España, Madrid, 1990.
- 49 Wainfeld Mario: "Los que quedaron afuera", pág. 11. "En la Argentina se acometió un drástico ajuste cuyos principales ejes fueron los habituales, a saber: reducción y reorientación del gasto público con repercusión negativa en la asignación a políticas sociales... Este proceso fue precedido, acompasado y favorecido por el deterioro y descrédito del Estado", Ed. Unido de la Fundación Friedrich Ebert, Bs. As. 1993.
- insch, J. Banefeld W. y otros: "Los estudios sobre el ido y la reestructuración capitalista", pág. 19 "El cter de las diferentes formaciones que el capitalismo desarrollado en el curso del desenvolvimiento histórico definido por una estrategia de acumulación donde, modelo de acumulación. Dicho de un modo un poco ple, las crisis estructurales del capitalismo óricamente ocurren cuando dentro del marco de un felo de acumulación, se produce la caída de la tasa de ancia y por consiguiente la valorización del capital." Cuadernos del Sur, Bs. As. 1992.
- Crísis económica y políticas de ajuste, estabilización y icimiento. Cuadernos de Cepal N° 54, pág. ib. crisis actual además de agua y larga, ha sido general- a y polifacética... El carácter excepcional de la crisis se ifestó asimismo, en el deterioro simultáneo y persis- e de los principales indicadores económicos." Ed. iones Unidas, Santiago de Chile 1986.
- Ghersi Carlos y Otros: "Mercosur. Perspectiva desde erecho privado." Ed. Universidad SRL. Bs. As. 1993.
- Ghersi Carlos A.: "Traslado de riesgo innecesario al sumidor," Obra Homenaje al Dr. Félix Trigo Repre- Ed. La Rocca, Bs. As. 1993.
- Consult.: "La dura realidad del desempleo." Diario rín, 26 de Septiembre de 1993.
- Consult. El Banco Mundial en su informe "América ina y el Caribe." Sostiene que las desigualdades y el gro de pobreza es alarmante, así por ejemplo en 1989 0% más rico de la población recibió el 50% de supuesto para la enseñanza, mientras que el 20% mas re recibió sólo el 5% del presupuesto. Diario Página 2-10-93.
- Ghersi, C., Weingarten, C.: "El contrato de medicina paga", pág. 18 y sgtes. Ed. Astrea, 1993.
- La actual Ley de Accidentes de Trabajo le ha-puesto ope máximo al *homo economicus* de Cincuenta y cin- mil pesos. Esto demarca una actitud de la actual dencia a limitar el riesgo empresarial y trasladar el mo al trabajador o su familia.
- Ghersi, Carlos A.: "Responsabilidad por el impacto lógico de las fuentes de energía. Derecho al habitat iliar", JA 4-8-93; Revista de la Universidad del Salva- N° 1 Eco Vida, 1993.
- Distancias tóxicas en el Mercado Central. "Se observan ones rotos, con pérdidas de líquidos, resinas iuretánicas para uso industrial (que pueden causar seas irritaciones en los ojos, en la piel y sus vapores puede ducir dolores de cabeza, irritación de garganta, nariz pulmones) entre otros productos tóxicos. accidente en la manipulación de estos productos o la ma transferencia de contenedor puede contaminar ductos frescos." Diario La Nación 3.11.93.
- Revista Consumidores y desarrollo 4.5.87. Edición de Oficina Regional I. O.C.U. para América Latina y el ríbe (Para un uso racional de medicamentos) Ed. O.I. U.C. La Haya, Holanda, 1987.
- 61 Comunidad y Drogas. Ed. Ministerio de Salud y Con- sumo. España, 1986.
- 62 En los últimos seis meses, Aguas Argentinas clausuró por lo menos tres pozos de agua que abastecían a unas 50 mil familias, por contener alta concentración de cromo. Los pozos, eran los N° 32 de Lomas de Zamora, el 43 de Palomar y el 2 de Villa Gosset. (Fuente publicación de Aguas Argentinas. Boletín Octubre 93). Ruidos y smog, otros aportes a la locura diario, La Nación del 23-3-93.
- 63 Ghersi, Carlos A.: "Responsabilidad por daño ecológi- co. Las tendencias de un poder judicial independiente de grupos económicos." El valor de la justicia social y Morello Augusto Mario. La valoración de la prueba y otras cuestiones en la tutela personal del ambiente J.A. 25-8-1993.
- 64 NOTISUR. Revista de la Cultura del Trabajo. Año XVII N° 42, Agosto de 1992, pág. 11 "La utilización de industrias llamadas sucias, totalmente irrespetuosas de los principios ecológicos, es un factor agravante, sobre todo para los países de Sur." Ed. INCASUR, Bs. As. 1992.
- 65 Qué hacer con los residuos peligrosos? Diario La Prensa 18-10-93. Jacobo, Gabriel y Rouges, Carlos. Resumen le- gal de los residuos peligrosos. Ley 24051 y decreto reglamentario 831/93. Ed. Depalma, Bs. As. 1993.
- Preocupación de empresarios por el tratamiento de residuos. Diario La Nación, 17-10-93.
- 66 Nadie asume responsabilidades por muertes con gas tóxico. La Ingeniera Alsogaray y el Intendente de Avellaneda se cruzaron acusaciones por la falta de con- troles de los líquidos cloacales. Diario La Nación, 29-9-93.
- 67 Las leyes están pero no se cumplen. La Provincia de Buenos Aires no adhirió a la Ley de residuos peligrosos recientemente reglamentada porque debería cerrar el 80% de sus industrias. Diario La Nación, 29-9-93.
- 68 Se trata de 250 trabajadores brasileños que trabajan para la empresa Galimberti-Araujo para el reciclaje de la usina, alojados en un edificio-galpón que funciona como hotel pero no posee las mismas condiciones de seguridad y de higiene, que perciben \$ 300 mensuales y que el dinero es depositado en Brasil por los protocolos de Mercosur, ya que este último señala que las remuneraciones pueden ser pagadas en el lugar de contratación y no en el de trabajo. (Diario La Nación, 6-11-93).
- 69 Decreto 2086/93. A propósito de la responsabilidad solidaria en la cadena de comercialización, señala el De- creto que ello redundará igualmente en un aumento de precio de los productos y en menor competencia, objeti- vos claramente reñidos con el programa económico del gobierno Nacional.
- 70 Lima Márquez, Claudia: "Contrato no Código de De- fesa de Consumidor", pág. 212. Ed. Biblioteca de Direito do Consumidor São Paulo.
- 71 Mattera Alfonso. El Mercado Unico Europeo. Sus reglas, su funcionamiento, pág. 762 y sgtes. Ed. Civitas SA Madrid, 1991.

Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980.

Trabalho originado em seminário apresentado à disciplina "Contratos do Comércio Internacional", coordenada pelo professor doutor Hermes Marcelo Huck no curso de Doutorado em Direito da Universidade de São Paulo, maio de 1994.

Judith Martins-Costa

Professora de Direito Civil na UFRGS.

SUMÁRIO

I Parte - Os Princípios de Caráter Axiológico; A) O Princípio da Boa Fé; a.1) distinção entre boa fé objetiva e subjetiva; a.2) deveres decorrentes da boa fé; B) O Princípio da Razoabilidade; b.1) características; b.2) normas decorrentes do princípio; II Parte - Princípios de Caráter Dogmático; A) O Princípio da Consensualidade; a.1) exceção à disponibilidade das normas convencionais; B) O Princípio da internacionalidade do contrato. Conclusão.

Abstract

Dans cet article l'auteur expose les principes, au sens large, de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale des marchandises, à savoir, le principe (de caractère axiologique) de la bonne foi objective, le principe (dogmatique) du consensualisme dans la formation du contrat, la directive sur la nature internationale du contrat et le standard de la personne raisonnable. Il s'agit de situer de façon ponctuelle, dans le texte de la Convention, les normes qui découlent des principes cités et d'analyser leur rôle pour l'interprétation des règles de la contrattation internationale.

Introdução

1) Se no plano do direito interno cresce, progressivamente, a atenção doutrinária e jurisprudencial ao papel dos princípios jurídicos na regulação, conformação e aplicação de certos institutos¹, com muito mais razão, no campo do direito dos contratos internacionais, os princípios desempenham papel regulador e formador de direitos e deveres, além de atuarem, como é tradicional, para a integração e a interpretação dos contratos².

Essa relevância dos princípios no direito do comércio internacional se deve, basicamente, a uma dupla ordem de fatores: uma que se poderia nomear como interna aos próprios contratos internacionais e outra como externa a estes contratos, aí ligando-se mais propriamente ao papel dos princípios jurídicos em si mesmo considerados.

2) No que concerne à ordem de fatores aqui chamada de "interna" aos contratos internacionais, em especial os contratos de compra e venda, vale lembrar algumas das particularidades que os cercam. É sabido que desde os inícios deste século uma série complexa de fatores políticos e econômicos passou a determinar a intensificação do comércio internacional e a expansão da economia mundial com base na ação dos grandes conglomerados transnacionais, especialmente os norte-americanos: uma "nova ordem econômica internacional"³ foi inaugurada e, nela, a compra e venda joga papel determinante.

Nessa "nova ordem" econômica internacional a consideração do papel dos contratos de compra e venda e, conseqüentemente, da sua regulação jurídica, têm conduzido a uma série de problemas: estes se ligam à própria existência de bem acabados sistemas jurídicos que re-

clam de modos distintos a compra e venda, diferentes concepções de sistema econômico, e às diversas ideologias dos governos partilhantes. Contudo, a enorme variedade de problemas aí plasmados - e, por igual, as soluções que vêm sendo apontadas - não deve despertar atenção apenas do especialista em Direito Internacional. Estes problemas e estas soluções abam, num jogo marcado pela dialeticidade, refletindo também nos contratos de compra e venda de direito interno⁴, desenhando, por assim dizer, questões de grande indagação no campo da teoria geral do direito⁵.

Entre os problemas que peculiarizam os contratos internacionais de compra e venda está o que se poderia denominar de "meio ambiente" onde formados e desenvolvidos⁶. Articula-se a interligação econômica entre países cujos pesos políticos, no panorama internacional, são fundamentalmente desiguais - daí decorrendo as diferentes formas de dominação econômica⁷ - e a incidência de uma imbricada teia de fatores ideológicos e sociológicos. Paralelamente a esse especial "meio ambiente" está a questão das fontes normativas dos contratos internacionais, marcada pela pluralidade e insita dinamicidade.

4) À questão das fontes normativas dos contratos internacionais se liga, umbelmente, o problema do *jus mercatorum* e, por extensão, os princípios gerados pela prática do comércio internacional. Com efeito, desde os fins dos anos 60, fala-se na existência de uma nova *lex mercatoria* que teria o condão de exibir as rígidas regras do direito legislativo⁸, uma vez constituir, esta, "o conjunto de regras e de princípios consagrados como normas jurídicas no comércio internacional"⁹. Contudo, o renascimento do *jus mercatorum* não tem efeito de eclipsar a questão das fontes normativas dos contratos internacionais de compra e venda, sabendo-se que ainda hoje muitos sistemas admitem a *consuetudo* como fonte legítima de produção normativa.

O que se tem, na verdade, é uma mescla de modelos de fontes, de um lado o modelo da prática, traduzida na expressão "usos do comércio internacional", origem da *lex mercatoria*, de outro o modelo da regulamentação de ordem convencional. Em ambos convivem os princípios que, em geral, passam do plano da prática para o plano da regulamentação jurídica convencional, sendo, desta forma, recolhidos ou recebidos pelo direito escrito¹⁰.

Inviabilizado o modelo "puro" de regulamentação pontual das regras contratuais, em virtude das próprias especificidades do comércio internacional, admite-se, outrossim, que a ausência de qualquer regulação poderia conduzir a um estado de profunda insegurança jurídica. Por esta razão a Comissão de Direito Comercial das Nações Unidas, mais conhecida pela sigla UNCITRAL¹¹, vem há décadas se dedicando à tentativa de normatizar os pontos mais polêmicos desse comércio, em especial a arbitragem, o câmbio, a moeda e, de forma especial, o contrato de compra e venda. À UNCITRAL se deve a organização das convenções sobre o tema, entre elas a Convenção de Viena de 1980, fonte da mais importante regulação convencional sobre o tema.

5) Importa lembrar que, entre as fontes de produção normativa dos contratos internacionais estão as *leis uniformes*, as *condições gerais dos contratos*, os *contratos-tipo* e os *incoterms*. Como é por todos sabido, as chamadas leis uniformes resultam de convenções internacionais¹² e pretendem uniformizar as regras contratuais no comércio internacional, tendo em conta a diversidade dos sistemas jurídicos nacionais¹³. As condições gerais dos contratos, ou condições gerais de venda, constituem a consolidação de modalidades usuais na contratação: são "regulamentações detalhadas às quais as partes podem se referir em suas negociações"¹⁴, facilitando, assim, a tarefa de estruturar e redigir o instrumento negocial; os contratos-tipo assem-

lham-se as condições gerais de venda, porquanto constituem, igualmente “*regulamentações ou fórmulas, padronizadas, com numerosos pontos, comuns, diferindo geralmente tão só no que tange às particularidades de cada ramo do comércio*”¹⁵. Por sua vez os *incoterms*, expressão que designa os “termos usuais do comércio internacional”, constituem espécie de súmula dos costumes internacionais em matéria de compra e venda, representadas por dez siglas, periodicamente editadas pela Câmara do Comércio Internacional, que indicam certas cláusulas-padrão nesses contratos; estas contemplam outros deveres resultantes do vínculo que não os deveres principais de entregar a coisa e pagar o preço¹⁶.

Ora, pelo mero arrolamento das fontes usuais do contrato de compra e venda internacional já se pode perceber que nesta matéria a tendência é a de unificar e uniformizar as regras contratuais. A unificação, contudo, não sofre, em nossos dias, da pretensão codificadora oitocentista que buscou sistematizar e reduzir todo o direito a um mesmo *corpus* normativo. Hoje em dia objetiva-se, mais do que uma unificação, uma *uniformização* punctual das normas (princípios e regras¹⁷) relativas a certos setores do comércio internacional e a certos tipos contratuais formando, assim, espécies de *microssistemas* normativos. Assim ocorre com a *compra e venda internacional de mercadorias*.

7) Em matéria de compra e venda internacional de mercadorias uma lei uniforme se aloca com especial relevância, justamente porque vem se mostrando fonte particularmente bem sucedida no escopo de permitir o desenvolvimento de um direito contratual internacional uniforme no setor que pretende regulamentar. É a a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, firmada em Viena em 11 de abril de 1980¹⁸. Vários vetores se entrecruzam quando se quer acentuar as razões do seu sucesso, tal

como as elaboradas discussões que precederam a aprovação de seu texto, a qualidade dos representantes dos países signatários, o próprio número de signatários, as soluções de conciliação entre regras originadas nos diferentes sistemas jurídicos dos Estados signatários¹⁹, o conteúdo inovador de algumas de suas normas²⁰, etc. Entre esses vários vetores está, por igual, a circunstância de a Convenção ter abrigado fértil principiologia, por forma a permitir - em razão do próprio caráter de certos princípios que adota - a sua própria constante flexibilização, reduzindo, por essa via, o imobilismo que marca e enrijece, em regra, os textos regulamentares. Daí a importância da atenção, particularizada, a estes princípios.

8) Já do ponto de vista dos princípios considerados em si mesmos - o que nomeei, acima, como ordem de fatores externos que justificam a relevância dos princípios para o estudo da Convenção de Viena - se pode alinhar uma tríplice argumentação. Em primeiro lugar está a circunstância de tradicionalmente ser apontado aos princípios o papel de *fundamento* de regras ou de um conjunto de outras normas²¹. Se por “fundamento” for entendida “a razão que justifica” determinada norma, fácil é compreender que os princípios constituem, ou devem constituir, um *guia de racionalidade* do conjunto normativo onde inseridos. Asseguram eles, na verdade, a influência de um certo quadro de valorização e revalorização na tarefa, jamais esgotada, da construção de um ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, está a *linguagem* na qual são formulados os princípios, em especial os princípios de valor. Embora não constitua a vagueza semântica²² traço exclusivo dos princípios, não se pode desconhecer que os termos que expressam valores possuem uma zona de indeterminação semântica bastante acentuada²³, o que vem permitir a maior ductilidade na sua aplicação, à vista das circunstâncias concretas. Desse modo, a

nica de regulamentar por princípios se ca, na contracorrente da técnica de regulamentação por *fattispecie*²⁴, como sejadora de maior flexibilidade ao sistema aos microssistemas jurídicos.

Por fim, em terceiro lugar, uma circunstância que o Direito Comparado bem esclarece. É que, nos sistemas da *civil law*, aos princípios era atribuído um papel “exterior” ordem jurídica, meramente destinado a examinar uma referência a um determinado conjunto de valores, ou a cumprir uma função descritiva. Eram tidos, portanto, como oposições de ordem exclusivamente conceitual, e não *normativa*²⁵, cuja origem é basicamente doutrinária ou “científica”. É porque os ordenamentos de origem manísta se construíram, nos últimos zentos anos, de forma fortemente atada à escrita, de origem parlamentar, como fundamento primordial de produção jurídica.

ferentemente, no sistema da *common law*, incluído à dicção jurisprudencial como fundamento principal da produção do direito, os princípios provêm da prática e estão *inseridos na própria estrutura técnica do sistema* como guias de comportamento retirados pelo juiz dos casos precedentes²⁶. Seu papel é, pois, indiscutivelmente normativo.

Ora, em razão do contágio, *via* a prática do comércio internacional, entre as duas famílias jurídicas, progressivamente a acepção norte-americana de “princípios” foi ingressando na cultura dos juízos arbitrais. Assim demonstra Bruno Oppetit em primoroso estudo em que indica decisões que, passo a passo, fizeram recurso aos “princípios gerais do direito internacional privado” como “*normas fundamentais que devem reger as transações internacionais*” ou “*princípios gerais do direito integrantes da lex mercatória*”²⁷.

Nesta perspectiva, quando elaborada a Convenção de Viena, já os sistemas de tradição romanística estavam preparados, do ponto de vista juscultural, a atribuir aos princípios um papel verdadeiramente normativo

e até mesmo como uma fonte autônoma de produção jurídica. Sua *positividade* estava plenamente reconhecida desde o momento em que as Cortes nacionais os utilizaram como fundamento de decisões²⁸.

Ao fazer expresso recurso aos princípios, como se verá, delinea a Convenção não só um modelo bastante flexível para o direito da compra e venda internacional, como um modelo justificadamente ancorado na prática préexistente, por forma a afastar os perigos de uma construção eminentemente doutrinária. Correndo o risco da arbitrariedade, ousou afirmar que a Convenção é informada por dois grandes grupos de princípios. De um lado, o que indicarei por *princípios jurídicos de valor*²⁹. Aí estão os princípios da boa fé objetiva e o da razoabilidade. De outro, o que chamarei de *princípios de caráter dogmático*: são os princípios da consensualidade e o da internacionalidade do contrato. Os quatro princípios constituem o objeto deste comentário.

I) PRINCÍPIOS DE CARÁTER AXIOLÓGICO

Indica a Convenção de Viena, na segunda alínea do art. 7 que “*as questões respeitantes às matérias reguladas na presente Convenção e que não são expressamente resolvidas por ela serão decididas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na falta destes princípios, de acordo com a lei aplicável em virtude das regras de direito internacional privado*”³⁰.

Como se vê, os princípios gerais que a informam têm supremacia sobre a lei aplicável segundo os cânones de direito internacional privado, a qual só será chamada em caráter supletivo³¹. Devem, portanto, os problemas surgidos do contrato ser resolvidos precedentemente com base nos princípios nela inscritos, a partir dela produzidos ou dela deduzidos³². Assim os princípios da boa fé objetiva e o da razoabilidade.

A) o princípio da boa fé

Consigna a primeira alínea do art. 7 da Convenção que, na sua interpretação, “*ter-se-a em conta o seu caráter internacional bem como a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e de assegurar o respeito da boa-fé no comércio internacional*”³³. Estão aí indicados dois princípios (o do caráter internacional e o da boa fé) e uma diretiva (a da promoção da uniformidade na aplicação das regras convencionais)³⁴. A respeito da parte assinalada do texto acima reproduzido, fundamental é, desde logo, *distinguir* entre o conceito de boa fé *objetiva* e de boa fé *subjetiva*, em especial tendo em conta que os juristas brasileiros, salvo raras exceções, acostumaram-se a operar apenas a segunda acepção.

a.1) distinção entre boa fé objetiva e subjetiva

A expressão “boa fé subjetiva” denota “*estado de consciência*” ou *convencimento individual de obrar* (a parte) *em conformidade ao direito* (sendo) *aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória*”³⁵. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a *intenção* do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa fé subjetiva está a má fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por “boa fé objetiva” se quer significar - segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao parágrafo 242 do Código Civil Alemão - de larga força expansionista em outros ordenamentos e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law*³⁶ -, modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual “*cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade*”³⁷. Por este modelo objetivo de

conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.

A expressão “boa fé objetiva” se desprende, portanto, da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a aplicação do princípio, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um *padrão objetivo de conduta*, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico³⁸.

a.2) deveres que decorrem da boa fé

Do princípio geral da boa fé objetiva nascem, em matéria contratual, outros princípios, como o da responsabilidade e o da tutela da confiança legítima, e certos deveres de conduta aos quais as partes estão adstritas mesmo se não explicitados, estes deveres, no instrumento contratual. Já antes de expressamente consagrado pela Convenção de Viena o princípio da boa fé vinha sendo aplicado nas relações comerciais internacionais como “princípio geral do direito contratual integrante da *lex mercatoria*”. Foi enunciado, por exemplo, em 16 de outubro de 1979 no célebre “caso Norsolor”³⁹. Na espécie, afirmou a Câmara do Comércio Internacional que o princípio exprimia não apenas um estado psicológico, o conhecimento ou a ignorância do fato (acepção subjetiva), mas indicava referência aos *usos*, a uma “regra moral de comportamento”. A boa fé na acepção objetiva traduzia, assim, determinadas exigências de comportamento que poderiam ser reconduzidas ao princípio geral da responsabilidade, por forma a permitir, no caso concreto, a aplicação das regras concernentes à responsabilidade contratual por ruptura do ajuste, e o conseqüente dever ressarcitório à parte prejudicada pela ruptura.

Outros casos, recolhidos da prática do comércio internacional bem demonstram a tremenda abrangência do princípio da boa fé. A verdade, este se põe como uma concha espelheira de uma imensa gama de deveres. O “caso Amco”⁴⁰ o princípio da boa fé foi consagrado como gerador do dever de não contradição, o qual vem indicado, em certos temas, pelo brocardo *venire contra factum proprium*, atualmente reconduzido, nos sistemas da *civil law*, à boa fé objetiva. Efeitos similares são atingidos, no sistema anglo-saxão, pelas regras da *estoppel*⁴¹.

Como se vê este princípio, além de atuar no cânone hermenêutico, importa na criação de deveres para as partes, deveres estes que, numa relação contratual, se alocam a *ter* dos deveres principais⁴² - na compra e venda, o dever de *transmitir o domínio*, para o vendedor, e de *pagar o preço*, para o comprador. Na Convenção está posto, como no cânone hermenêutico, no art.7, retrocitado. As conseqüências no que concerne à criação, conformação e regulação dos direitos e deveres laterais podem ser vislumbradas nos seguintes artigos:

- art 27: prevê o direito da parte que comunicou, notificou ou avisou a outra, e cujo ato, comunicação ou notificação se atraindo ou recebeu equivocada transmissão, prelecer-se de tal comunicação desde que ela tenha sido feita “*por um meio adequado às circunstâncias*”;

- art. 32, 1 : contém o *dever de aviso*, que incumbe ao vendedor, de comunicar ao comprador que expediu as mercadorias, se estas não estiverem “*claramente identificadas para fins do contrato*”;

- art. 32, 2 : prevê o *dever de diligência*, que incumbe ao vendedor, quando estiver obrigado a tomar providências para o transporte das mercadorias, devendo “*celebrar os contratos necessários para que o transporte seja efetuado até o lugar previsto, pelos meios de transporte apropriados às circunstâncias e nas condições usuais de tal transporte*”;

- art. 32, 3 : assinala o *dever de informar*, que incumbe ao vendedor, relativamente às condições para o estabelecimento do seguro sobre a mercadoria vendida, se não estiver obrigado a subscrever, ele próprio, uma apólice de seguro de transporte;

- art. 35, 1 e 2, alínea “d”: prevê os *deveres de guarda, custódia e adequado acondicionamento* das mercadorias, os quais incumbem ao vendedor;

- art. 35, 2 : regula o *dever*, incumbente ao vendedor, de *adequar* as mercadorias vendidas às finalidades do contrato;

- art. 35, 3 e art. 36, 1 e 2 : assinala *dever de garantia*, no caso, o de garantir a coisa vendida contra riscos;

- art. 38, 1 : contém o *dever* (que incumbe ao comprador) de *examinar* as mercadorias recebidas em prazo breve, “*tendo em conta as circunstâncias*”⁴³.

- art. 46, 1: registra o *dever*, incumbente ao comprador, de *agir com lealdade* na execução do contrato e conseqüente proibição do *venire contra factum proprium* - que é um princípio decorrente da boa fé objetiva⁴⁴ - sob pena de perder o direito a exigir, do vendedor, a execução das suas obrigações contratuais.

- art. 54 : assinala o *dever de diligência*, que incumbe ao comprador, para que as finalidades do contrato sejam plena e eficazmente alcançadas.

- art. 62: contém o *dever de lealdade*, incumbente ao vendedor, na execução do contrato, sob pena de incidir, como ocorre para o comprador, a vedação do princípio do *venire contra factum proprium*.

- art. 68 : prevê o *dever de informar*, a cargo do vendedor, sobre o risco de perda, deterioração ou perecimento das mercadorias, se tal risco conhecia ou “*deveria saber*”, sob pena de inversão da regra do risco contratual;

- art. 77; prevê o *dever de cooperar com a contraparte para o bom adimplemento do contrato e de tomar as medidas necessárias para*

não aumentar o seu prejuízo, traduzindo o que no direito anglo-saxão é conhecido como *duty of mitigate*: o credor deve tomar as medidas necessárias e razoáveis, à vista das circunstâncias, o que o reflete, também, como manifestação do princípio da razoabilidade;

- art. 79, 4: prevê o *dever de informar*, a cargo de ambos os figurantes da relação contratual, quaisquer fatos impeditivos da execução das obrigações contratuais e os seus efeitos no cumprimento do contrato.

Como se observa, é extenso o rol dos deveres que decorrem da boa fé e cuja quebra pode conduzir inclusive à configuração do inadimplemento contratual, mesmo quando prestada a obrigação principal. Constitui, nesse sentido, uma *fonte de otimização da conduta contratual*⁴⁵, tendo em vista o pleno e eficaz atendimento da finalidade para a qual foi criado o vínculo, qual seja, o adimplemento contratual.

É característico dos princípios jurídicos, além da multifuncionalidade que lhes é própria, a interconexão com outros princípios ou regras pertencentes ao sistema ou microsistema onde inseridos. Nessa perspectiva, articula-se à boa fé objetiva o padrão do comportamento razoável ou *standard* da razoabilidade.

B) O princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade traduz o *standart da reasonable person*, uma das mais importantes contribuições do direito norte-americano à Convenção. Este não vem expresso, constituindo, portanto, o que a doutrina nomeia por “princípio inexpresso ou implícito”. O fato de não estar expresso não lhe retira a força vinculante e o seu perfil é deduzido de regras que permeiam toda a Convenção.

Segundo anota Clóvis do Couto e Silva⁴⁶, o conceito de “irrazoabilidade” de certa conduta ou de certa disposição contratual deve-se à criação dos tribunais judiciais norte-americanos que, mesmo antes da adoção, pelo

Uniform Commercial Code, do conceito de *unconscionable*⁴⁷, “manipulavam a aplicação das leis ou fatos para impedir resultados intoleráveis em certos contratos de adesão”. Desta forma, por construção jurisprudencial, foi elaborado o conceito de “cláusula não razoável” o qual “permitiu que se pudesse considerar, no direito americano, não escrita a disposição contratual que ferisse a “consciência”⁴⁸ ou atribuir ao juiz o direito de reduzir-lhe os efeitos a quase nada”⁴⁹.

b.1) caracterização

Na substância do conceito de cláusula irrazoável está um parâmetro de conduta, o da *razoabilidade*. *Standards* constituem arquétipos exemplares da experiência social concreta que são chamados a atuar juridicamente, ou através de princípios ou através de cláusulas gerais, proporcionando ao intérprete um critério de aplicabilidade do conjunto normativo. Existente o princípio ou a cláusula geral, o intérprete é reenviado ao *standard*, o qual, por isso, não permite visualização *in abstracto*, sendo de dogmatização inviável.

Se poderia afirmar que o padrão da razoabilidade constitui a tradução do “senso comum”, vale dizer, do que é tido, em certas circunstâncias, em certo momento e em certa comunidade (seja nacional, cultural, profissional ou outra) como racional, equilibrado, prudente ou sensato. Também é conceito para ser *concretizado*: sua aplicação se faz, como a do princípio da boa fé objetiva, sempre à vista das circunstâncias concretas do caso e das finalidades da existência da própria relação contratual. No contexto da Convenção, devem ser tidas em conta, na sua aplicação, as circunstâncias e as peculiaridades do comércio internacional, e, inclusive, de cada setor econômico deste comércio: as circunstâncias do comércio de aeronaves são, por certo, diversas daquelas do comércio de produtos agrícolas, e cada uma delas deve ser, em particular, considerada⁵⁰.

b.2) normas decorrentes do princípio

O princípio geral da razoabilidade admite numerosas variantes, v.g. o padrão da pessoa razoável, o do comportamento razoável, o da disposição contratual razoável, o do prazo razoável. Se expressa, de maneira especial, nas seguintes disposições:

- art 8, 1: contém norma de interpretação das declarações de vontade e comportamento das partes levando-se em conta a intenção do declarante “quando a outra parte conhecia ou não podia ignorar tal intenção”, vale dizer, quando, razoavelmente ou segundo o senso comum, não seria lícito à parte para a qual dirigida a declaração ignorar o sentido que a contraparte lhe teria querido dar: trata-se, pois, de referência à *vontade cognoscível*, forçando as partes “a uma maior responsabilidade na sua actuação, que sobretudo exigível no domínio do comércio internacional”⁵¹;

- art. 8, 2: o arquétipo do comportamento razoável está aí expresso na medida em que, aplicável a norma de interpretação do parágrafo anterior, por qualquer circunstância que debste a pesquisa da intenção do declarante de em as declarações e comportamentos serem interpretados “segundo o sentido que lhes teria tido uma pessoa razoável, com qualificação idêntica à da contraparte e colocada na mesma situação”. Como se percebe de pouco importa, aqui também a pesquisa da intenção do agente. O que deve o intérprete verificar é se, razoavelmente, a tal ou qual declaração ou a certo comportamento poderia ser atribuído determinado significado. Para tal verificação estará ainda o *standard* vinculado a identificação entre a qualificação (profissional, técnica, científica, cultural) da contraparte e a do seu parâmetro, fênticas, ainda, as situações objetivas e concretas.

- art. 8, 3: contém explicitação das normas e interpretação antes aludidas. Para determinar a intenção da parte (parágrafo 1) ou concretizar o *standard* da pessoa razoável (parágrafo 2), o intérprete deve considerar “todas as

circunstâncias pertinentes” ao caso, “nomeadamente as negociações que possa ter havido entre as partes, as práticas que se tenham estabelecido entre elas, os usos e todo e qualquer comportamento ulterior das partes”.

- art. 35, 1, “b”: trata de regra de execução contratual, considerando as mercadorias “conformes ao contrato”, entre outros requisitos, se “forem adequadas a qualquer finalidade especial expressa ou tacitamente levada ao conhecimento do devedor no momento da conclusão do contrato”, salvo se resultar das circunstâncias que o comprador “não confiou na competência e apreciação do vendedor, ou que não era razoável de sua parte fazê-lo”. Em outras palavras se, no momento da conclusão do contrato, o comprador leva ao conhecimento do vendedor, expressa ou tacitamente, certa finalidade especial do contrato e, à vista disto, recebe as mercadorias, estas não serão tidas como boas ao adimplemento se o comprador invocar e provar que não poderia, ou seria irrazoável, de sua parte, confiar no vendedor.

- art. 38, 3: tem-se o caso em que o *standard* da razoabilidade informa certos prazos contratuais. Trata a norma da hipótese de mercadorias reenviadas em trânsito ou reexpedidas pelo comprador e deve ser entendido à luz da norma contida no parágrafo 1 do mesmo artigo, segundo o qual compete ao comprador “examinar as mercadorias ou fazê-las examinar num prazo tão breve quanto possível”. Contudo, havendo a reexpedição ou o reenvio, e desde que o comprador não “tenha tido razoavelmente a possibilidade de as examinar”, conhecendo o vendedor ou devendo conhecer a possibilidade do reenvio ou da reexpedição, tem-se a faculdade, ao comprador, de ver *diferido* o exame até a chegada das mercadorias ao novo destino.

art. 39, 1: outra hipótese em que o *standard* da razoabilidade informa a consideração de prazos contratuais. Substitui-se aqui, pela flexível normatização do *standard*, a rigidez da fixação de prazos decadenciais, comuns nas legislações estatais, na medida

em que extingue-se, para o comprador, o direito formativo extintivo de denúncia, ocorrendo a falta de conformidade das mercadorias ao pactuado, se este não o denunciar, precisando a sua natureza “num prazo razoável a partir do momento em que a constatou ou deveria ter constatado”;

art. 43, 1 : trata, por igual, de caso de extinção do direito formativo extintivo de denúncia, no caso de o comprador, em prazo razoável, não denunciar ao vendedor o direito ou a pretensão de terceiro eventualmente incidentes sobre o objeto contratual.

art. 46, 3 : versa o direito do comprador de exigir do vendedor que supra a falta de conformidade entre a mercadoria recebida e aquela prevista contratualmente. Tal direito será obstado, contudo se for “irrazoável” o suprimimento da falta contratual, “tendo em conta todas as circunstâncias”. Caso, portanto, em que também é necessária a concretização, devendo a jurisprudência internacional apontar, mediante casuística, as hipóteses de irrazoabilidade do dever de reparar a falta contratual.

- art. 48, 1 : direito do vendedor de reparar qualquer falta às suas obrigações, mesmo ultrapassado o prazo de entrega das mercadorias, elidindo, assim, a resolução. Contudo, tal direito só se configura se atendido o padrão da razoabilidade, uma vez que é obstado se o atraso for irrazoável e se tiver causado ao comprador prejuízos também irrazoáveis. Trata-se de uma espécie de inadimplemento relativo, assegurado, ao comprador, a indenização pela mora.

- art. 48, 2 : insere outra vez o padrão do prazo razoável no que concerne ao dever de resposta do comprador frente à demanda, do vendedor, de receber a aceitação expressa da execução.

- art. 49, 2, “a” : trata do direito a resolução, por parte do comprador, no caso da falta de entrega das mercadorias no prazo suplementar concedido no art. 47, 1. Se tais mercadorias foram entregues, ainda que tardiamente, o exercício da resolução é, contudo, obstado, se não

exercitado em prazo razoável, contado a partir da entrega efetiva.

- art. 60, “a” : trata do dever de colaboração para o efetivo adimplemento do contrato. Além de decorrer do princípio da boa fé objetiva, tal dever deve ser razoavelmente exercido, tendo em conta a finalidade do contrato, não podendo o comprador praticar atos que obstem ou dificultem a entrega das mercadorias, por parte do vendedor;

- art. 65, 1: novamente o prazo razoável é exigido em matéria de especificação de mercadorias, pelo comprador. Se esta não tiver data acordada, deve ser efetuada em prazo razoável a partir da recepção do pedido, pelo vendedor, sob pena de o direito a especificar ser conferido ao vendedor;

- art. 79, 1: é regra geral em matéria de exoneração da responsabilidade por danos. Adota-se aqui a teoria da causalidade adequada, a qual toma por padrão o fato ou ato que poderia ser razoavelmente esperado.

Na Convenção de Viena convivem, com os princípios e *standards* acima examinados, ainda outros princípios, o da consensualidade ou ausência de forma e o da interpretação segundo a internacionalidade dos contratos.

II PARTE - PRINCÍPIOS DE CARÁTER DOGMÁTICO

Se endossada em caráter absoluto a posição segundo a qual todo e qualquer princípio teria caráter valorativo não teria sentido falar em “princípios de caráter dogmático”. No contexto deste comentário, contudo, parece-me justificável a distinção. Os princípios antes comentados vieram, como se viu, da prática do comércio internacional, sublinhando valores consensualmente aceitos neste universo. Já o princípio da consensualidade e o princípio do caráter internacional da Convenção (este tipificando mais propriamente uma diretriz) são princípios de elaboração doutrinária; aí é mais rarefeito o caráter axiológico, tendo maior peso o papel que jogam na dogmática

contratual em causa. Em relação a estes dois incípios, diferentemente dos precedentes, o se pode falar na influência do direito nor-americano, uma vez ser o primeiro tradicional em alguns sistemas da *civil law* e, o segundo, típico dos contratos internacionais há longa data.

A) princípio da consensualidade

Conforme à tradição que é de certa forma comum aos sistemas da *civil law* e da *common law*, o contrato de compra e venda internacional prescinde de exigências de forma. Vigora, pois, o *princípio do consensualismo*, ou da consensualidade, do qual é contraponto o princípio do formalismo.

Para os efeitos da Convenção de Viena, a forma escrita não é exigida sequer *ad probationem*, consoante o art. 11, segundo o qual “o contrato de compra e venda não tem de ser concluído por escrito nem de constar de documento escrito e não está sujeito a nenhum outro requisito de forma”. A regra se completa com a dicação, no mesmo texto, de que “o contrato pode ser provado por qualquer meio, inclusive a ova testemunhal”.

A adoção deste princípio se deve à circunstância de, na vida internacional, não raro ori-narem-se contratos nos modernos meios de comunicação que nem sempre propiciam o registro por escrito⁵². A ausência de forma escrita, contudo, tem o defeito de ensejar grande insegurança. Por isso é que, embora a Convenção consagre o consensualismo, reconhece circunstância de grande parte dos contratos incluir-se por escrito, em razão da necessidade de segurança nas relações jurídicas. A Convenção indica, nesse particular, que “o termo escrito” abrange as comunicações enviadas por telegrama ou telex” (art. 13). Por analogia, a expressão engloba também aquelas enviadas por fax ou por qualquer outro meio eletrônico que reproduza a escrita.

a.1) exceção à dispositividade das normas convencionais

Contrastando com a *dispositividade* da maior parte das normas da Convenção⁵³ está o art. 12, o qual leva em conta que, embora privilegiado o princípio do consensualismo, alguns Estados nacionais consagram, em seu direito interno, o princípio inverso, qual seja, o do *formalismo*, prescrevendo imperativamente a forma como condição de validade, ou, por vezes, de eficácia do ajuste⁵⁴. Por esta razão, a solução de compromisso do art. 12, o qual abre aos Estados que o adotam a possibilidade de, feita a declaração de não aceitação da forma livre, prevista no art. 96⁵⁵, não aplicarem as disposições que consagram a liberdade de forma nos casos em que uma das partes tenha o seu estabelecimento nesse Estado. Essa é, segundo o artigo 60, a única norma rigorosamente cogente da convenção, não podendo as partes a derogarem nem modificarem os seus efeitos.

B) o princípio da natureza internacional do contrato

O art. 7, precedentemente transcrito, contém ainda relevantíssimo cânone de interpretação que reveste a *globalidade* do contrato. É o princípio (ou a diretriz) atinente ao atendimento do caráter internacional do instrumento negocial. Anotam Maria Angela Bento Soares e Rui Manuel de Moura Ramos que essa diretriz “é consequência do próprio escopo da iniciativa e constitui a bem dizer uma exigência da sua natureza”⁵⁶, pois, à toda evidência, interpretação que não levasse em conta tal caráter “frustraria de todo a obra uniformizadora, fazendo retrogerir a situação ao estágio anterior de conflito - se não já entre leis nacionais diferentes, entre distintas versões de uma ordenação que se quer comum”⁵⁷.

Trata-se, como se vê, de princípio que decorre da própria *natureza* do contrato internacional. Não necessitaria, nesta perspectiva, sequer estar previsto de forma expres-

sa, valendo aqui a conhecida lição de Esser segundo o qual existem princípios cuja justificação decorre, “*de la naturaleza de la cosa o de la institución respectiva, y constituyen una pieza funcionalmente necesaria de toda solución concreta que entre en este círculo común de problemas*”⁵⁸.

Com isto se quer significar que todos os aspectos que peculiarizam o contrato de compra e venda internacional, concernindo à sua particular natureza - em especial a importância dos usos e de certos princípios formados pela prática e consolidados ou reconhecidos pela jurisprudência dos foros internacionais - devem conformar a interpretação a ser conferida às normas convencionais e às disposições contratuais, nos casos concretamente considerados. É de fundamental importância, nesse sentido, a conexão entre este princípio e o *standard* da razoabilidade, pois indica que a concreção do último deve levar em conta o que é razoável não num certo país, mas no *meio profissional* dos contratantes, qual seja, a comunidade comercial internacional.

Por outro lado, a inserção do princípio, conexionado aos demais, antes aludidos, permite aos árbitros a elaboração de uma consistente teia de deveres que devem reger o comércio internacional, tais como o dever de informar o cocontratante, o dever de minimizar os danos, o de garantir certos riscos, o de não contradição, etc.⁵⁹.

O princípio do caráter internacional do ajuste tem, por igual, considerável peso na avaliação e interpretação de certos institutos, recebidos na Convenção através de uma verdadeira “mistura de tipos” ou de regras típicas dos direitos pertencentes às diferentes famílias jurídicas, em especial as da *civil law* e da *common law*⁶⁰. Estes, comumente, se desprendem progressivamente de sua pureza original - assim entendida a conformação particular que têm em cada ordenamento particularmente considerado - passando a constituir tipos relativamente novos que, por sua vez, influenciam o direito interno⁶¹. A circulação de mode-

los jurídicos, característica de nossa época, rejeita o voluntarismo porque os elementos de ordem sociológica têm aí papel preponderante. Será difícil, senão impossível, que um determinado conceito jurídico receba, em mais de um sistema, idêntica compreensão. Por isso os intérpretes da Convenção não devem perder de vista a diretriz do caráter internacional, sob o risco de interpretarem as suas normas com os óculos, para este efeito deformantes, da précompreensão⁶² que lhes é dada desde o direito interno.

Conclusão

O direito, em qualquer uma de suas manifestações, traduz uma experiência prática, razão pela qual no seu campo a “aderência ao real” se põe como uma necessidade ineludível. A análise dos princípios informadores da Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias bem evidencia, ao meu ver, o papel da prática comercial na construção de um modelo dinâmico de solução das concretas situações problemáticas, por forma a conduzir o seu intérprete a uma permanente revisão das regras jurídicas que contém.

Nesta perspectiva se pode concluir com uma dupla afirmativa, a primeira dela dizendo respeito aos aspectos intrínsecos da Convenção, a segunda referindo-se aos seus aspectos extrínsecos, notadamente no que diz respeito à relevância do seu estudo para os juristas brasileiros.

No que diz com a primeira das assertivas, importa ultrapassar o maniqueísmo que por vezes ainda assalta aos estudiosos e concluir que a Convenção não é nem “boa” nem “má” - foi o acordo possível, em face das objetivas condições vigentes à época de seu nascimento. Acentua, com procedência Justin Sweet, em análise comparativa entre a Convenção e o *Uniform Commercial Code* norte-americano, fonte de expressa inspiração para várias normas da Convenção que, naquele “*o esforço de unificação era (...) baseado sobre uma língua comum, sobre uma*

num tradição jurídica, sobre uma formação idica relativamente uniforme, sobre a existência de leis similares, sobre práticas comerciais relativamente comuns; se fundamentava, além do mais em uma fé comum em um sistema de mercado, na autonomia privada, em um sistema jurídico familiar e conhecido e sobre uma recalcada exigência de uniformidade”⁶³.

Já a Convenção operou sobre base cultural diversa: a presença de Estados com diversos sistemas jurídicos, freqüentemente pouco conhecidos aos Estados de diferente tradição, presença de Estados com sistemas econômicos também diversos e não raro contrapostos, diversidade dos patamares de desenvolvimento econômico, sistemas políticos distintos e em frequência contrastantes, alguns Estados com problemas de integração regional, não tendo de olvidar-se, ainda, o fato da desconfiguração de alguns países em relação às precedentes convenções que haviam imposto o domínio comercial das nações mais potentes.

O que resultou, portanto, foi uma *solução compromissada*. Esta longe de ser um defeito, pode ser vista como um grande benefício da convenção aos próprios direitos nacionais. O direito comparado demonstra que, mesmo quando ocorrem circunstâncias políticas que impedem a recepção integral de um sistema jurídico por outro, mesmo assim, os costumes locais, preexistentes à recepção, conformam e modificam o direito recebido. Esta solução compromissada, ao incorporar os princípios nela indicados, tende a aumentar o grau de eficiência das normas convencionais. Para isto, preciso, contudo, que os princípios que a informam sejam bem compreendidos e eficazmente utilizados.

No que se refere aos aspectos extrínsecos da Convenção, perspectivados da sua relevância entre nós, cabe considerar que, muito embora não seja o Brasil signatário da Convenção, o seu estudo se reveste, como bem salientou Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁶⁴, de dupla importância entre nós. De um lado, essa regulagem dos contratos de compra e venda de mer-

cadorias celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em Estados signatários (art. 1º, 1, a), também os contratos aos quais se aplicam, pelas regras do direito internacional, a lei de um Estado contratante (art. 1º, 1, b). Sabe-se que a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro determina que, “*para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”, assentando que “*a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente*” (art. 9º, caput e parágrafo 2º). Já por aí se percebe que, em caso de compra e venda de mercadorias celebrado entre parte estabelecida no Brasil e parte estabelecida, *v.g.*, na Argentina, “*provindo desta a proposta de negócio, a nossa regra de direito internacional privado faz incidir sobre o contrato a lei deste outro país contratante, a qual será por isso aplicável, na forma do seu art. 1º, 1, b.*”⁶⁵

De outro lado, acentua o mesmo autor a relevância do seu estudo porque a Convenção, “*reproduzindo estruturalmente o regime jurídico vigente no Brasil, introduz princípios e critérios modernos - como o da boa fé objetiva - para a regulação e a interpretação dos contratos de compra e venda, que bem nos podem servir de parâmetro e orientação doutrinária ou legislativa*”⁶⁶. A essas judiciosas observações acrescentaria ainda o fato de o Tratado de Assunção, firmado no âmbito do Mercosul, ter consignado, em seu art. 1º, a adoção de compromisso entre os Estados-membros, a fim de viabilizar a livre circulação de bens entre os seus territórios, para o que deverão os mesmos, **harmonizar a sua legislação**, notadamente no que diz com o direito das obrigações e dos contratos. Neste esforço, os princípios da Convenção de Viena certamente serão considerados, senão como um modelo, ao menos como um parâmetro para a elaboração do conjunto normativo concernente à compra e venda entre os países do Cone Sul.

Notas

1 Da vasta bibliografia ver, em especial, Joseph Esser, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del*

Derecho Privado, trad. de Eduardo Valenti Fiol, Ed. Bosch, Barcelona, 1969, Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, trad. de Marta Gustavino, Ariel, Barcelona, 1989, Pietro Rescigno, *Sui Principio Generali del Diritto*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno XLVI, 1992, 2, p. 379 Angelo Falzea, *I Principi Generali del Diritto*, in Rivista di Diritto Civile, anno XXXVII, 1991, 5, p. 454, Ricardo Guastini, *I principi di diritto*, in *Il Diritto dei Nuovi Mondi*, Cedam, Pádua, 1994, p. 193 e, entre nós, Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Interpretação e Crítica*, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, em especial cap. IV.

2 Ver Wilhelm Wengler, *Les Principes généraux du droit en tant que loi du contrat*, in *Revue Critique du Droit International Privé*, 1982, p. 17.

3 Para o exame crítico dessa "nova ordem" ver Noam Chomsky, *Novos Senhores da Humanidade*, artigo, jornal "Folha de São Paulo", Caderno Mais!, p. 6, 25.4.93 e, por igual, entrevista de Bernardo de Carvalho com o linguista e escritor norte-americano intitulada "Para Chomsky, nova ordem é igual à velha", mesmo jornal, ed. de 3.3.91, caderno 2, p. 8.

4 Assim, por exemplo, as cláusulas de hardship que, geradas na prática do comércio internacional, são perfeitamente recebidas nos contratos, civis e comerciais, de direito interno.

5 Tratei de alguns destes problemas, em especial os ligados à fase formativa dos contratos internacionais e à responsabilidade pré-negocial em artigo intitulado *As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 10, 1994, p. 39.

6 Para estas observações consulte Bruno Oppetit, *Autour du Contrat International*, in *Droits*, 12, 1990, p. 107 e ss.

7 Para esse exame ver Noam Chomsky, op. cit.

8 Ver, entre outros, René David, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?*, in Riv. Dir. Civile, 1976, Parte Prima, p. 577.

9 Conforme a definição que lhe foi dada pela Corte de Apelação de Paris de 13 de julho de 1989, cit. por Andrea Giardina, *La Lex Mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, Riv. dir. inter. privato e processuale, 1992, 3, p. 465.

10 É, de fato, característica dos princípios jurídicos o fato de terem sua origem na prática, ou "direito costumeiro". Daí porque existirem alguns que se situam em "zona pré-positiva", sendo progressivamente positivados seja por intervenção legislativa, seja por intervenção judicial, que os "recolhem" e completam o seu processo de positividade. No caso do direito internacional, as leis uniformes, as convenções e arbitragem cumprem este papel de recolha e positividade.

11 *United Nations Commission for International Trade Law*, criada pela ONU em 17 de dezembro de 1962 com a específica missão de "fomentar a harmonização e a unificação

progressivas do direito comercial internacional através da coordenação dos trabalhos de outras organizações; preparar novas convenções; informar sobre as legislações nacionais, incluindo a jurisprudência".

12 São consideradas leis uniformes a Convenção de Haia, 1955, a Convenção sobre a lei aplicável à transferência de propriedade na C&V Internacional, Haia, 1958, a Convenção sobre competência, Haia, 1958, a Convenção Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional, Haia, 1964, a Lei Uniforme sobre a formação dos contratos, Haia, 1964, e a Convenção sobre a compra e venda de mercadorias, Viena, 1980.

13 Estudo interessante sobre o caráter normativo dos tratados internacionais - que constituem, ao mesmo tempo, "ato jurídico" e norma - está em Paul Reuter, *Le Traité International, acte et norme*, in Archives de Philosophie du Droit, 32, 1987, p. 111, onde acentuado o seu caráter paradoxal, no qual se combinam "lei" e "contrato", prevalecendo, contudo, segundo o autor, os aspectos consensuais.

14 Nesse sentido, Suzan Lee Zaragoza de Rovira, *Estudo Comparativo sobre os Contratos Internacionais: Aspectos doutrinários e práticos*, in *Contratos Internacionais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p. 61.

15 Idem, ibidem.

17 Assim, Maria Luiza Machado, *Os Incoterms*, in *Contratos Internacionais*, cit., p. 143 e ss.

17 Utilizo, aqui, a classificação proposta por Ronald Dworkin in *Los Derechos en Serio*, trad. esp. de Marta Gustavino, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 61 e ss e, igualmente, por J.J.G. Canotilho, in *Direito Constitucional*, 5ª ed., Livraria Almedina, 1991. (vide nota 39, infra).

18 O Brasil não é signatário da Convenção. Na América Latina é adotada pela Argentina, Chile e Venezuela.

19 Embora a Convenção tenha adotado soluções de compromisso, a influência preponderante é a do direito norte-americano, em especial a do *Uniform Commercial Code* (UCC).

20 Têm especial relevância na compreensão da Convenção, as normas dos artigos 1º (campo de aplicação), 14 (formação do contrato), 25 (violação fundamental do contrato) e 55 (critério de fixação do preço não estabelecido no contrato).

21 Para uma síntese dessa linha de argumentação, Riccardo Guastini, op. cit., nota 2, *supra*, p. 194 e ss.

22 Uma norma pode ser "vaga" em várias acepções. Será vaga, por exemplo, no sentido de que não tem um campo de aplicação preciso. Bem assim, será vaga no sentido e de que é dotada de um conteúdo teleológico ou programático, não prescrevendo, puntualmente, certa e determinada conduta, nem quais os meios que devem ser empregados para que se atinja o fim ou o valor que indicam.

23 Sobre esse tema ver Claudio Luzzati, *La Vaghezza delle Norme*, Ed. Guiffre, Milão, 1990.

24 A técnica da regulamentação por *fattispecie*, também dita "técnica da casuística" consiste em regulamentar determinadas matérias, ou determinados conjuntos de ma-

terias mediante a configuração da hipótese legal - enquasomatório dos pressupostos que condicionam a atuação - circunscrevendo particulares grupos de casos. o legislador cria uma espécie de repertório de figuras e tipologias típicas onde estão claramente definidos os pressupostos da estatuição e as suas consequências, ou efeitos jurídicos. (sobre este ponto consulte Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. de J. Baptista Machado, Ed. Fundação Gulbenkian, Lisboa, 3ª ed., p. 188.) Assim, Bruno Oppetit, *Les principes généraux en droit international privé*, Archives de Philosophie du Droit, 32, 37, p. 180 e 181.

Sobre este tema ver Ronald Dworkin, op. cit., p. 61 e Camille Jauffret-Spinozi, *Comment Juge le Juge anglais?*, in *Droits*, vol. 9, 1989 p.58 e ss.

Op. cit., p. 181 e 182. Assinala o autor a variedade da minologia emprestada, nas decisões arbitrais, a estes princípios gerais", ora vistos como "normas fundamentais que devem reger a organização e o funcionamento das sociedades anônimas", ora como "princípios gerais fundamentais", ora como "princípios gerais formulados pela jurisprudência arbitral", e ainda como "princípios gerais amplamente admitidos como rectores do direito comercial internacional" e "princípios gerais aplicáveis às ações econômicas internacionais".

Na matéria ver, igualmente Philippe Kahn, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, Journal du Droit International, 1989, I, p. 5.

Discutem alguns a precisão da expressão "princípios de valor", na medida em que todos os princípios jurídicos têm caráter axiológico. A observação se liga, fundamentalmente, à própria polissemia do termo "princípios", que a acepção larguíssima é empregada para designar tanto princípios expressos em lei quanto os inexpressos, as normas de conduta, *standards* de comportamento e até normas. Concordando com a asserção segundo a qual os princípios, quaisquer que sejam, traduzem, em maior ou menor medida, certos valores, consigno todavia a distinção entre os "princípios de valor" (por exemplo, os princípios da boa fé, da razoabilidade, da moralidade) os "princípios de caráter dogmático", gerados por construção doutrinária (exemplificativamente, o chamado princípio da não intervenção, no processo civil, o princípio do consensualismo, a matéria contratual, o saneamento do nulo, no direito civil administrativo), por entender que existe uma distinção *grau* na carga valorativa. Essas são, nos primeiros, imediatas, e, nos segundos, mediata.

Grifos meus.

Mesmo no direito francês, onde o peso do exegetismo faz sentir ainda em nossos dias, relata Bruno Oppetit significativo *arrêt* da Cour de Cassation pelo qual estabeleceu-se que poderiam impor-se ao juiz francês "des principes de justice universels considérés dans l'opinion majeure comme dotés de valeur internationale absolue". O acordo, já antigo (Civ.23 mai 1948, *Lautour*, D. 1948, 7, nota Lerebous-Pigeonnière) e que restou por muito

tempo isolado, poderá, talvez, segundo o autor, ser hoje renovado, considerando-se o consenso doutrinário no sentido de existirem, à volta dos códigos nacionais, princípios cuja força obrigatória é reconhecida e cuja aplicação é realizada. (in *Les Principes Généraux en Droit International Privé*, Archives de Philosophie du Droit, 32, 1877, p. 187).

32 Anota Philippe Kahn estarem aí inseridas "directives assez floues pour leur contenu positif, mais claires pour leur contenu négatif: ne pas faire appel aux droits nationaux - ni utiliser un pointillisme qui conduirait à nier la bonne foi" (in *Convention de Vienne du 11 avril 1980. Caractères et Domaine d'application*, Droit et Pratique du Commerce International, T. 15, 3, p.397).

33 Grifos meus.

34 Alguns autores promovem distinção entre princípios e diretivas. Enquanto aqueles teriam um forte conteúdo axiológico, direcionando o intérprete à concretização de um valor, como a boa fé, os bons costumes, o comportamento razoável, etc, as diretivas, ou *polícies* visam a orientar o intérprete na direção de um objetivo de ordem política, social ou econômica. Pode-se exemplificar com normas do direito brasileiro: o art. 4º da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) contém princípios tais como o da boa fé e o da vedação do abuso (incisos III, in fine e VI, primeira parte) e diretivas, tais como a da proteção aos interesses econômicos dos consumidores (*caput*) e a do incentivo à criação, pelos fornecedores, de meios eficientes de controle de qualidade e segurança dos produtos e serviços (inciso V).

35 Conforme aludi no artigo *Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 3, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 141.

36 Para esse exame ver Dawson, J. *The General Clauses Viewed from a distance* e F.Kessler e E. Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: a comparative study*, in Harvard Law Review, 1977, p. 401.

37 A expressão é de Ernesto Wayar, in *Derecho Civil - Obligaciones*, Tomo I, p. 19.

38 Fundamental para esta compreensão é o discrimine entre os princípios e as regras, ambos espécies do gênero "norma jurídica". Segundo Dworkin, ambos têm a mesma substância, distinguindo-se, contudo, entre si, em função das diversas dimensões de sua atuação. As regras são aplicáveis como disjuntivas - isto é, ou se aplicam ou não se aplicam - conforme haja ou não a correspondência exata entre a hipótese abstratamente prevista e o fato concreto. Se os fatos que são previstos abstratamente pela regra se configuram, ou bem a norma incide e projeta eficácia, ocorrendo, aí, as consequências da estatuição, ou bem não incide, e, então, de nada importa a sua existência (*rectius*: previsão normativa) para a decisão do aplicador da lei. Obedecem, portanto, ao critério do *tudo ou nada*. Diferentemente, os princípios jurídicos de valor, não estabelecem "consequências" que possam operar automaticamente

quando satisfeitos os pressupostos abstratamente previstos. Isto porque obdecem, os princípios, à *dimensão do peso e do valor*, não apontando apenas a um tipo de decisão em particular. Podem, portanto, *se assim o indicar as circunstâncias concretas*, ser afastados em razão da colidência com outro princípio (Dworkin, op. cit., p. 75 e ss). Assim opera o princípio da boa fé objetiva. Não é "pensável" a sua aplicação se adotado o critério próprio às regras. As circunstâncias concretas são determinantes e vinculantes da ação do intérprete que deve pesa-las e valora-las complexivamente.

39 Referido por P. Kahn, op. cit., p. 321. Este caso vem reproduzido na Rev. Arb. 1983, e comentado por Goldman, mesma revista, p. 379.

40 Ref. in Journal du Droit International, 1981, p. 914 e aludido por Kahn, op. cit., p. 323.

41 O princípio do *venire contra factum proprium* indica a proibição de se beneficiar de suas próprias contradições em detrimento de outrem. Seu campo primordial de aplicação é o direito processual, embora não se restrinja a este. No sistema da *common law* é conhecido sob a denominação de *estoppel*, tendo a função de flexibilizar o formalismo processual vedando à parte que, por suas declarações, sua atitude, seus atos, enfim, conduziu a outra parte a modificar a sua posição em seu próprio detrimento.

42 Assim, Clóvis do Couto e Silva, *O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português*, in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 43.

43 Aqui se nota a atuação, sempre *in concreto*, do princípio da boa fé objetiva: a sua aplicação jamais prescinde do exame das circunstâncias objetivas do caso. Para o exame punctual da obrigação de examinar as mercadorias, vide Ben Abderrahmane, *La Conformité des marchandises dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, in *Droit et Pratique du Commerce Internationale*, vol. 15, 4, 1989, p.555 e ss.

44 Comentei a aplicação do princípio no direito brasileiro in *O Princípio da Boa Fé*, Revista Ajuris, vol. 50, p. 207, Porto Alegre, 1990.

45 Sobre os princípios jurídicos de valor como "fontes de otimização" de condutas ver, por todos, Robert Alexy, *Sistema Jurídico, Principios y Razón Práctica*, in Revista Doxa, Universidad de Alicante, 1988, p. 143.

46 In *O Princípio da Boa Fé e as Condições Gerais dos Negócios*, cit., p. 31.

47 UCC, parágrafo 2-302.

48 Entre aspas, no original.

49 Clóvis do Couto e Silva, op. por último cit., p. 32.

50 Ver, nesta Revista, Vera Maria Jacob de Fradera, *O Conceito de Inadimplemento Substancial no art. 25 da Convenção de Viena de 1980*.

51 Assim, Maria Angela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos Internacionais - Compra e Venda*, Cláu-

sulas Penais, Arbitragem, Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1986, 39.

52 Conforme Maria Angela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, op. cit., p. 43.

53 Dispõe o art. 6 que "*as partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificá-lhe os efeitos*".

54 O ordenamento civil brasileiro contempla hipóteses em que a forma é elemento de validade, porque concerne com a substância do negócio (vg, a hipótese prevista no art. 134, II), e outras em que é tão somente requisito de eficácia, visando à publicidade do ajuste. Se se tratar de requisito que a lei imponha tão só para a publicidade do contrato, este, ausente a forma determinada pela lei, não é nulo, mas não terá eficácia perante terceiros.

55 Art. 96: "*Qualquer Estado contratante cuja legislação exija que os contratos de compra e venda sejam concluídos por escrito ou constem de documentos escritos, pode declarar em qualquer momento, de acordo com o artigo 12, que qualquer disposição dos artigos 11 e 29, ou da segunda parte da presente Convenção, que permita uma forma diversa da forma escrita para a conclusão, modificação ou extinção por acordo dum contrato de compra e venda, ou para qualquer proposta contratual, aceitação ou outra manifestação de intenção, se não aplica desde que uma das partes tenha o seu estabelecimento nesse Estado*".

56 Op. cit., p. 35.

57 Idem, ibidem.

58 In *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, cit., p. 7, grifei.

59 Assim, Philippe Kahn, op. cit., p. 397.

60 Exemplificativamente, a expressão "boa fé", em matéria contratual, adquire diferente significado quer se trate do direito alemão, quer se trate do direito francês. Neste, e nos que seguiram a sua matriz, está historicamente vinculada ao princípio do consensualismo, à idéia de obrigatoriedade da promessa, que vem do direito canônico. Já no direito alemão, liga-se à concepção da obrigação como um processo, onde convivem, ao lado dos deveres principais, os deveres laterais de conduta, derivados do mandamento de agir com lealdade.

61 É o que se vê, vg., do acórdão do TJRGs public. in RJTJRGs vol. 97, p. 397, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., que acolheu a doutrina da violação antecipada do contrato, não prevista expressamente na legislação brasileira.

62 Para o exame da noção de "pré-compreensão", vide, por todos, Joseph Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. italiana de S. Patti e G. Zaccaria, Edizioni Schientifiche Italiane, Camerino, 1983.

63 Op. cit., p. 303.

64 in *A Convenção de Viena (1980) e a Resolução do Contrato por Incumprimento*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 10, 1994, p. 7.

65 idem, ibidem.

66 idem, ibidem.

O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980

Vera Maria Jacob de Fradera

Professora de Direito Civil da UFRGS

MÁRIO

Introdução; I - O direito de resolução como categoria geral na teoria do inadimplemento; II - O inadimplemento fundamental no artigo 25 da lei internacional sobre vendas; A) O conceito de inadimplemento fundamental; B) O conteúdo das expressões; a) prejuízo substancial; b) imprevisibilidade; c) pessoa razoável; Conclusão; bibliografia.

Abstract

The author makes an analysis of the concept fundamental breach of contract issued from the article 25 of the Vienna's Convention of International Sale (1980) and finds the origins of this concept in the Good Faith principle.

Introdução

A unificação das normas relativas à compra e venda internacional tem seu início no ano de 1928, quando ERNST RABEL apresentou ao Presidente do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, em Roma, uma proposta para que fossem uniformizadas as normas relativas à compra de mercadorias no âmbito internacional. Desse projeto resultou, mais tarde, em 1935, um trabalho que Ernst Rabel publicou com o título de *Direito da Compra de Mercadorias*.¹

Devido à eclosão da 2ª Guerra Mundial e funestas consequências dela advindas, os trabalhos de unificação foram interrompidos, até 1964, na Conferência de Haia, duas convenções sobre venda internacional foram aprovadas: a primeira delas, denominada Uniform Law International Sale (ULIS) e a segunda, "Uniform law on the Formation of contracts for the International Sale of Goods

(ULFC).

As duas Convenções entraram em vigor em 1972.

Em 1966, a ONU criou a "United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)", que tinha por tarefa promover a harmonização e a unificação da lei sobre comércio internacional, sobretudo através da coordenação do trabalho de organizações ativas neste campo, além de encorajar, estimular, a cooperação entre elas.

Em 1968 a UNCITRAL formou um grupo de trabalho para desenvolver o ideal da uniformização das normas sobre venda internacional. Elaborou-se, então, um projeto de Convenção, para ser apresentado à Assembleia Geral da ONU, a qual, através da Resolução 33/39, de 16 de dezembro de 1978, decidiu que seria realizada uma conferência internacional para examinar o projeto da UNCITRAL.

A Conferência das Nações Unidas sobre "International Sale of Goods", teve lugar em Viena, no período de 10 (dez) de março a 11 (onze) de abril de 1980.

Notável é a importância desta Codificação sobre a Venda Internacional de Bens, para o desenvolvimento do comércio internacional e para a intensificação das relações comerciais entre os Estados e entre os cidadãos nacionais dos signatários da Convenção supra citada.

A observação da realidade do mundo dos negócios determinou a necessidade de unifica-

ção de certas normas jurídicas, relativas ao comércio. Verificou-se que o comércio internacional é cada vez mais intenso, as necessidades dos seres humanos são cada vez maiores, de modo que as trocas internacionais tornaram-se freqüentes. Se por um lado o desenvolvimento dos negócios internacionais era evidente, por outro, os meios legais, para consolidar as relações comerciais no plano internacional, por exemplo, os contratos sobre venda de bens móveis, continuaram a ser regidos pelas leis nacionais de cada ordem jurídica interna, o que determinava o aparecimento de prejuízos e dificuldades, dada a falta de certeza, além de dúvidas quanto à correta interpretação.

Um dado peculiar às relações comerciais internacionais é o de que o comércio internacional parece ser mais freqüente nos países com posição proeminente tanto no plano econômico como político, e muitas vezes sucede que os contratantes não estejam em posição de perfeita igualdade, tendo um deles menor poder de barganha do que o outro. Esta situação também foi considerada quando pretendeu-se a elaboração de leis reguladoras do comércio internacional de bens, que, além de uniformes, levassem em conta as condições sócio-econômicas de ambos os contratantes.

Esta problemática conduz à conveniência de ser esclarecido o conceito de inadimplemento fundamental, estabelecido no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas na Convenção de Viena de 1980, porquanto, ocorrendo uma situação de não cumprimento contratual, a regra geral é a de que a parte lesada exerça o direito de resolução.

O direito de resolução tem sua origem remota no Direito Romano, onde se admitia que a parte que cumpria, exercesse, face ao não cumprimento, uma ação, com finalidade de reclamar a obrigação devida; não dispunha, contudo, de uma ação que extinguísse o contrato. Nos contratos de compra e venda, aos poucos, surgiu a prática de inserir uma cláusula expressa, denominada *lex commissoria*, que permitia ao vendedor que havia cumprido com

suas obrigações, considerar resolvido o contrato. Esta cláusula tinha a finalidade de evitar a posição desigual em que se encontrava o vendedor, ao entregar a coisa vendida, objeto do contrato, pois, ao fazê-lo, transmitia a propriedade da coisa, e não poderia, se necessário, utilizar a ação reivindicatória. Isto porque o contrato de compra e venda era consensual, não real, aperfeiçoando-se, por mero consentimento.

Autores há que buscam a origem do Direito de Resolução na *conditio causa data causa non secuta*, pela qual se podia pedir a restituição da coisa contra o contratante que não tivesse cumprido a sua parte, não sendo exigida a culpa do faltoso, bastando o inadimplemento para exercitar-se a *conditio causa data*. O que é verdadeiro, é que esta *conditio* foi estabelecida como sanção ao enriquecimento sem causa.

A corrente que estabelece as origens da resolução nos princípios do Direito Canônico e feudal, parece ser a correta.²

No período medieval, dada a descentralização do poder, tornava-se impossível, ao poder público, assegurar o cumprimento dos contratos. Foi através da influência da Igreja Católica, cuja força se fazia sentir em todos os âmbitos, que passou-se a considerar o compromisso entre as partes como uma obrigação assumida também ante Deus; daí porque o descumprimento dos contratos determinava uma atuação dos Tribunais Eclesiásticos, tendo enorme importância a influência da equidade em matéria contratual, com fundamento na máxima "*fraganti fidei, fides non est servanda*" (a quem quebra a sua palavra, não há porque manter-lhe a dada).

Cada caso de inadimplemento era levado ao Tribunal Eclesiástico, que, entendendo existir o inadimplemento, decidia com base na regra *fraganti fidei, fides non est servanda*, ou seja, quem não cumpria sua parte não merecia tutela jurídica para seu direito à contra-prestação.

Foi o Direito Canônico, portanto, que firmou a concepção tradicional da resolução nos contratos sinalagmáticos, considerando o con-

ato bilateral o exemplo típico de acordo que objetiva uma troca de bens, ao qual se deveria aplicar as regras da justiça comutativa, o que terminou a absoluta interdependência entre prestações. Não há dúvida que os antecedentes do direito de resolução se encontram no Direito Canônico Medieval porém com a conotação moral, como já visto.³

Tendo em vista tal perspectiva, o presente trabalho será dividido em duas partes. Na primeira parte, será estudado o Direito de Resolução como categoria geral na teoria do inadimplemento.

Na segunda parte será examinado o conceito de inadimplemento fundamental que resulta do artigo 25 da Lei Internacional sobre vendas.

I. O DIREITO DE RESOLUÇÃO COMO CATEGORIA GERAL NA TEORIA DO INADIMPLEMENTO

A resolução é uma instituição jurídica, como já foi visto, com antecedentes romanos, que sofreu, ao longo da História, uma lenta evolução para, hoje em dia, ocupar um lugar reponderante na prática jurídica. Consiste em um direito, concedido à parte que cumpre, a fim de que, ao exercê-lo, seja restabelecido o equilíbrio que deve presidir a relação convencional bilateral.

A resolução, bem assim como a revogação a denúncia, constitui exceção ao princípio da retratabilidade da relação contratual, com fundamento em causas supervenientes. A resolução distingue-se das causas de invalidade, quais sejam, a inexistência, nulidade e nulabilidade, e de ineficácia contratual pois estas atingem o ato negocial de onde a relação provém, impedindo que, por falta de um elemento interno, ou por força de alguma circunstância extrínseca, produza os efeitos normais.⁴

A resolução consiste, pois, no ato de um dos contratantes, tendo por objetivo, a disso-

lução do contrato, sem que haja invalidade ou revogação. Resolver equivale a desconstituir.⁵

O direito de resolução pode resultar da lei (resolução legal) ou de negócio jurídico (resolução negocial). Quando não depende de exercício do direito ou pretensão, opera automaticamente (*ipso iure*). No caso de depender deste exercício, denomina-se resolução voluntária.

O direito de resolução, seja o que resulte de negócio jurídico, seja o que tenha fonte na lei, constitui espécie de direito formativo. É mediante o exercício de um direito formativo, através ato jurídico unilateral, que provém a resolução. O exercício deste direito dá-se por meio de ato em sentido estrito.

Seria o direito de resolução um exemplo de direito formativo extintivo? A dificuldade em adotar-se esta denominação, ponderou Emil Seckel, está em que o ato que extingue também forma direitos⁶. Isto fica evidente quando se visualiza os efeitos do negócio jurídico, pelo lado de quem o exerce.

No Direito Brasileiro, o direito de resolução decorre do disposto no parágrafo único do artigo 1092 do Código Civil, que reza:

"A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos."

O termo "rescisão", utilizado pelo legislador no texto acima transcrito é, conforme Pontes de Miranda, *erro crasso*, deve ser evitado. De "resolução" é que se trata.⁷

Realizando uma análise cuidadosa do teor do parágrafo único do artigo 1092 do Código Civil, percebe-se que o legislador nele disciplinou apenas as consequências do inadimplemento, não o inadimplemento em si mesmo, o que redundaria em dificuldades para o intérprete e para o aplicado de vez que várias são as formas pelas quais ocorre inadimplemento.

Dentre as lacunas que podem ser apontadas neste texto legal, em primeiro lugar a falta de adjetivação do inadimplemento, podendo nele serem incluídas todas as causas conhecidas de não satisfação do crédito. É portanto necessário ser feito um amplo exame do

inadimplemento que pode servir de base ao exercício do direito de resolução, antes de enfrentarmos a questão central de nosso trabalho, que é a do inadimplemento fundamental.

Pelos contratos bilaterais ou sinagmáticos, criam-se obrigações para ambas as partes, e os efeitos destas obrigações recíprocas serão produzidos quando cada uma das partes tenha cumprido a sua obrigação. O inadimplemento de um dos contratantes ocasiona a insatisfação do outro, podendo, em consequência, conforme o disposto no parágrafo único do artigo 1092 do Código Civil, exercer o direito de resolução.

O adimplemento, finalidade da obrigação (ele a "atrai e polariza", conforme ensina Clóvis do Couto e Silva),⁸ deverá, contudo, revestir-se de certas qualificações, sob pena de não ser aceito pelo credor. É o que estabelece o artigo 1056 do Código Civil: "Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos". O devedor deverá efetuar a prestação devida pelo modo e na época estipulados, é uma norma que encontra semelhança com outras, dispostas nos Códigos Civis da França (artigo 1147), da Itália, Espanha (1171 e 1271), Portugal e Bélgica, bem como nos direitos Inglês e Americano do Norte.

O Código Civil Alemão, B G B, contudo, não conhece uma noção geral de inexecução; faz, apenas, a regulamentação de algumas de suas formas, quais sejam, a impossibilidade e a mora (do devedor e do credor).

No direito alemão, uma vez ocorrendo o inadimplemento, deve o credor escolher entre revogar o contrato (den Vertragsrückgängig machen) ou denunciá-lo e reclamar perdas e danos (an ihm festhalten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen). A revogação do contrato, através exercício do Direito de resolução

(Vertragsaufhebung), afasta, portanto, a pretensão à perdas e danos, que, no B G B, constituem escolha, alternativa (vide §§ 325, 326, 463 e 635).

As legislações que, em matéria de resolução, buscaram inspiração no Code Napoléon, em seu artigo de número 1184 (résolution avec dommages et intérêts), fazem a combinação entre resolução e perdas e danos, o que seria, na opinião de E. von CAMMERER, a solução mais equitativa e moderna, adotada pela Suécia, em suas leis comerciais e, mais recentemente, pelo Código Austríaco (A B G B), através legislação complementar, e pelo Uniform Commercial Code (U C C), em seus §§ 2.106 e 2.711 e 2.712.⁹

O momento do cumprimento é um dos pontos mais relevantes no estudo desta matéria, relativa à resolução, na teoria do inadimplemento. Uma questão que logo nos impressiona é a de que como a mora e o adimplemento absoluto podem ser distinguidos, um do outro.

Face à mora, retardamento culposo, embora a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, tempo e na forma devidos, existe, ainda, não obstante, a possibilidade de cumprimento. Esta possibilidade decorre de circunstâncias de ser útil, ao credor, a prestação, apesar do atraso. Alguns doutrinadores denominam a mora inadimplemento relativo.

O inadimplemento é absoluto quando a obrigação não é cumprida no prazo e nem pode mais ser cumprida por impossibilidade imputável ao devedor ou por imprestabilidade da prestação ao credor.

Apesar de apresentarem algumas diferenças, tanto a mora como o inadimplemento constituem formas de violação contratual, podendo-se afirmar que a mora é espécie de inadimplemento. A doutrina, em sua maioria, costuma distinguir as duas formas de violação contratual pelo fato de, na mora, existir a possibilidade de purgação ou emenda,

quanto que, no inadimplemento, por ser irreversível, incide o pagamento das perdas e danos.

Em que pese ser esta a forma como é feita, pela maioria dos autores, a distinção entre mora e inadimplemento, entendemos ser credor quem vai possibilitar receber ou não prestação. A ele, credor, não importa ter obtido o resultado a que fazia jus por vontade do devedor, ou mediante execução forçada; se, porém, a obrigação for do tipo inextinguível, não há como constranger o devedor, o inadimplemento será absoluto, e as perdas e danos serão devidas.

Ainda com relação ao inadimplemento, preciso distinguir entre inadimplemento absoluto e inadimplemento ruim¹⁰ em que o devedor, embora preste, deixe de prestar como deveria, ocorrendo, então, violação positiva da pretensão ou do contrato, a positive Vertragsverletzung.¹¹

O adimplemento ruim, insatisfatório ou defeituoso é aquele, pois, em que houve atenção aos deveres denominados anexos ou secundários, decorrentes do princípio da boa-fé, e que fazem parte do fim da atribuição do negócio jurídico, constituem um plus, que com esse fim se relaciona.¹²

O adimplemento ruim ou defeituoso, resultante da violação de dever anexo, ou seja, e lesão ao princípio de boa-fé, não se relaciona com a culpa, pois o conceito devedor secundário é mais amplo do que o de culpa, apesar de entre eles existirem pontos de contacto.

Outra questão relativa ao tema adimplemento, é a do denominado "adimplemento próximo ao resultado final pretendido pelo credor", ou "substantial performance" da Common Law. Esta doutrina do adimplemento substancial foi estabelecida por Lord Mansfield, em 1779, no caso *BOONE v. EYRE*, em que o contrato já havia sido adimplido substancialmente, razão pela qual não se admitiu o direito de resolução, com a perda do que havia realizado o

devedor, apenas coube direito de indenização ao credor, por ter sido considerado, no caso, o direito de resolução como abusivo.

Em caso mais recente, 1952, em que litigavam HOENIG e ISAACS, Lord Denning sustentou que a questão está em saber se o adimplemento total é condição prévia para o pagamento, concluiu que nem sempre assim sucede¹³, dependendo da extensão de inadimplemento.

A doutrina do substantial performance pode ser explicada como resultante da aplicação do princípio da boa-fé em sua atuação mais moderna, isto é, criando deveres, possibilitando restringir a regra de o cumprimento ser completo ou integral, admitindo solução diversa.

Ensina Karl Larenz que não se deve recusar uma prestação oferecida de modo incompleto, mas na qual falta somente uma pequena parte em relação ao todo, e sem que exista interesse, objetivamente fundado, que se oponha à aceitação da parte oferecida.¹⁴

Observa-se, portanto, que o princípio de que o pagamento deve ser completo sofre exceção, adotando-se a teoria do adimplemento substancial, o direito de resolução toma feição abusiva, pois seu exercício viria a ferir o princípio da boa-fé, quando ele atua como regra limitadora do direito estrito.

Face às considerações expendidas em torno do direito de resolução, previsto no parágrafo único do artigo 1092 do Código Civil, entendemos que ele pode ser exercido:

- a) Face a um inadimplemento absoluto;
- b) Face à ocorrência de mora, quando houver, com ela, a perda do interesse, para o credor, na prestação;
- c) Face ao decurso de termo fixado como essencial.

Quanto ao referente às situações de adimplemento ruim ou defeituoso e de adimplemento próximo ao almejado ou substancial performance, a solução dependerá da conveniência ou não que resultar, ao credor, o exercício do direito de resolução, ou dito

de outra maneira, do exame dos prejuízos acarretados pelo comportamento faltoso do devedor.

Examinados os diferentes tipos ou aspectos que pode apresentar o inadimplemento e a possibilidade de exercício do direito de resolução, como regra geral, bem como as exceções a esse exercício, face a determinados inadimplementos, passaremos ao exame do conceito de inadimplemento fundamental, decorrente do art. 25 da Lei Internacional sobre Vendas, da Convenção de Viena de 1980.

II. O INADIMPLEMENTO FUNDAMENTAL NO ARTIGO 25 DA LEI INTERNACIONAL SOBRE VENDAS

Dispõe o artigo 25 (parte 3ª, Venda de Bens) da Lei Internacional sobre Vendas:

"A quebra do contrato por uma das partes é fundamental se dela resulta um prejuízo para a outra parte a ponto de privá-la daquilo que podia esperar do contrato, a menos que a parte *inadimplente* não pudesse prever, e uma pessoa razoável, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias, não tivesse podido prever tal resultado."¹⁵

O teor do artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, acima transcrito, é de interpretação complexa e controvertida, a começar pela expressão inadimplemento fundamental (*fundamental breach*), desconhecida em muitas ordens jurídicas, mas deveras importante para o sistema de reparação da Convenção.

O artigo 25 da Lei Internacional sobre vendas, tal como está redigido, resultou de incontáveis propostas e um sem número de esboços, tendo como objetivo a busca de precisão dos termos utilizados na definição. Apesar de tudo, a definição, tal como está redigida não parece ser de fácil aplicação, tanto pelas partes, como por juízes, pois expressões nela existentes, v. g., previsibilidade, podem dar lugar a interpretações divergentes e contínuas mudanças de ponto de vista sobre o assunto.

A meditação sobre vocábulos como "fundamental", "substancial", "previsível" nunca tem fim, diz o Professor Doutor Michael Will, nem tão pouco a controvérsia em torno de seu significado¹⁶. Mas, continua o mestre de Saarbrücken, enquanto filósofos têm tempo para meditar, advogados normalmente não têm, e comerciantes, ainda menos.

A expressão "fundamental breach" ou inadimplemento fundamental foi cunhada pela U.L.I.S. (Uniforme Law on the International Sale of Goods), de 1956, e que foi, posteriormente, adotada pela Conferência de Haia de 1964.

A U.L.I.S. dispunha sobre fundamental breach e entrou para a linguagem jurídica dos países participantes da U.L.I.S. como "contravention essentielle", "wesentliche Vertragsbruch" "infrazione essenziale". Algumas das codificações domésticas dos países participantes da Conferência, sob a influência dos trabalhos preparatórios da U.L.I.S., adotaram a noção de fundamental breach of contract. A adoção do conceito de "fundamental breach" ou inadimplemento fundamental representa uma atitude recente do legislador, ou melhor, de um conjunto de legisladores, reunidos em uma Convenção Internacional, estando portanto, dada sua recente aparição, aberto à interpretação. Não se constitui em um conceito "carregado de história" como tantos existentes no mundo do Direito.

Passemos, a seguir, ao conceito de inadimplemento fundamental.

A) O conceito de Inadimplemento Fundamental

A definição contida no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas procura, antes de tudo, separar o inadimplemento fundamental do que não tenha essa qualificação. A distinção é muito importante e deveras necessária, porquanto a existência ou não de inadimplemento fundamental é que vai determinar a vigência ou a resolução do contrato. Daí ter havido uma verdadeira luta em busca de

ecisão do conceito contido no mencionado artigo 25.

Uma primeira observação, a respeito do ato em exame, é a de que esta definição concebe o contrato como um todo e representa a unidade de adoção de critérios, passando de objetivos para outros mais objetivos.

Durante os trabalhos preparatórios da U.L.I.S., no ano de 1951, em Haia, o Delegado da Dinamarca propôs estender a noção de quebra do contrato a qualquer violação, de qualquer obrigação do contrato, substituindo expressão "breach of a fundamental obligation" por "fundamental breach of obligation"¹⁷. Pretendia, com esse recurso, evitar a resolução contratual e assim, salvar o contrato, caso a quebra, apesar de atingir uma obrigação fundamental, de fato causasse, apenas, um pequeno ou um insignificante prejuízo. A proposta foi aceita e incluída nos projetos de 1956 e 1963.

Uma questão, desde logo, vem à mente de quem se propõe a estudar o que seja o inadimplemento fundamental, nos termos do artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, qual seja a de que sistema teria sido utilizado para estabelecer este conceito. Qual seria o critério para considerar o inadimplemento como fundamental ou não.

Pesquisando o Direito Inglês relativo a contratos, encontramos um sistema tradicional, vigente na Common Law, que, no contrato, distingue dentre vários tipos de obrigações, que são consideradas essenciais (*condition*)¹⁸ as que, embora relativas à matéria do contrato, são tidas como não fazendo parte da sua principal finalidade, apesar de nele, contrato, serem contidas (*warranty*).¹⁹

De acordo, com esse sistema, portanto, o prejudicado teria direito à resolução exclusivamente em casos onde uma *condition* estivesse em jogo. O mesmo sistema qualifica uma *condition*, como parte essencial do contrato, quando se pode depreender das circunstâncias que o comprador, v. g., não teria concluído o contrato se esta *condition* não estivesse presente.

Michael WILL sustenta que a origem do conceito de inadimplemento fundamental estaria, justamente, na sentença "não teria concluído o contrato", teria sido sua primeira aparição no mundo jurídico, com o sentido pretendido pelo atual artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, o qual já teria sido esboçado nos projetos de Convenção, nos anos de 1939 e 1951, em Roma.²⁰

O que deve ser deixado bem claro, é que o inadimplemento fundamental de que nos ocupamos, não tem o mesmo sentido da doutrina da "fundamental breach" do direito inglês, utilizada em algumas jurisdições da *Common Law*.

O inadimplemento fundamental, no plano das relações internacionais, é um pré-requisito para resolver um contrato. É o que von CAEMMERER denominou *conceito central*, o que permite a resolução do contrato. Não sendo o inadimplemento qualificado como fundamental, restringe-se a sanção à reparação do dano.²¹ Se, porém, o termo estabelecido para o inadimplemento não for essencial para o contrato, se aplica o sistema da NACHFRIST, ou seja, da concessão de um prazo suplementar, ao faltoso, para que cumpra o devido.²²

Se o dever violado for fundamental, o prejudicado pode declarar a resolução do contrato, sem necessidade de ingressar em juízo, extrajudicialmente, tornando-se, portanto, mais simplificada a solução do litígio. Não sendo fundamental o dever inadimplido, faz-se necessária a interposição.

As situações em que o comprador tem o direito de resolver o contrato estão enumeradas no artigo 49 da Convenção Internacional sobre Venda, que estabelece, com clareza, quando isto é possível. Interessante é a solução, prevista no texto mencionado, para a circunstância da não-entrega do bem, objeto do negócio. De acordo com o disposto no § 1º, letra "b" do referido artigo 49, a entrega, considerada obrigação essencial (*fundamental obligation*) quando não efetuada, dá lugar à aplicação do mecanismo da Nachfrist, ou seja, da concessão de um prazo suplementar. Há neste aspecto, portanto, uma exceção à regra geral do exer-

cício do direito de resolução, face ao inadimplemento de obrigação essencial, porquanto o comprador pode optar pela solução, mas, no caso, não imediatamente, apenas quando o vendedor não entregue o devido.

Para que se tenha uma compreensão exata do conceito de inadimplemento fundamental, é preciso examiná-lo vinculado a duas outras expressões, quais sejam, prejuízo substancial e imprevisibilidade, critérios utilizados quando se aplica o mencionado conceito.

B) O sentido das expressões

a) *Prejuízo Substancial* (*Substantial detriment*)

Ocorrendo inadimplemento, ele será fundamental se disser respeito a uma obrigação fundamental do contrato, e acarretar ao prejudicado, seja ele o comprador ou o vendedor, um prejuízo substancial. O que vem a ser prejuízo e qual prejuízo pode ser considerado substancial é o que deve ser explicado.

A própria comissão encarregada do projeto de convenção, o "Working Group" recomendou que a expressão fosse interpretada em sentido amplo, pois os termos em que vem usada, são amplos, vagos e imprecisos. Manifestando sua opinião, diz o Professor WILL, ao comentar o assunto, que a recomendação do Working Group não é conclusiva em si mesmo, mas "representa uma direção".

Não houve acordo, quando da elaboração do projeto de convenção, sobre a natureza do que seja prejuízo substancial, apenas quanto à sua eficácia.

A caracterização de um dano como substancial ou não, dependerá do juiz e da interpretação do caso concreto, mas ligado às expectativas da parte prejudicada, levando em consideração não os sentimentos da parte, sim os termos do contrato.

Um aspecto importante nessa matéria é o fato de que as normas contratuais são fixas, enquanto o comércio segue sempre o seu curso, sofrendo alterações devidas aos mais diver-

sos fatores, sendo esse curso, geralmente, imprevisível. As circunstâncias, muitas vezes cambiantes, poderiam, em casos excepcionais, transformar um aparentemente dano substancial, em um dano pouco relevante.

Como exemplo de uma situação desse tipo, poder-se-ia imaginar o seguinte: um vendedor, desatento à obrigação de bem embalar a mercadoria, a fim de ser enviada ao comprador, não toma os cuidados que seriam necessários, mas, não obstante, a mercadoria chega intacta às mãos do destinatário. Houve descumprimento de uma obrigação fundamental, mas não resultou em prejuízo para o comprador. Se, contudo, o comprador tivesse perdido uma oportunidade de revenda do bem, ou tivesse perdido um cliente, então, sim, teria ocorrido o denominado prejuízo substancial, a que se refere o artigo 25 da Lei Internacional sobre venda.

B - b) *A imprevisibilidade*

Mesmo constituindo-se em um sistema muito rigoroso de normas, sobretudo no que diz respeito à utilização do direito de resolução, pela ocorrência de inadimplemento fundamental, a Lei Internacional sobre Venda prevê, no mesmo artigo 25, tantas vezes aqui mencionado, a possibilidade de o faltoso, seja ele o comprador ou o vendedor, fugir ao veredicto de ter cometido uma violação essencial, e às suas consequências, se puder demonstrar que não tinha possibilidade de prever o resultado negativo, sendo que o mesmo poderia ter ocorrido com relação a uma pessoa ponderada, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias. A inclusão da imprevisibilidade, no artigo 25, referente ao conceito de inadimplemento fundamental, foi objeto de inúmeras críticas, por parte dos componentes do Working Group, encarregado de criar o projeto de Lei Internacional sobre Venda, alegando-se que isto haveria de favorecer, encorajar a parte inadimplente, a invocar ignorância das circunstâncias. A consequência, inevitável, seria a de imobilização da outra parte que, mesmo prejudicada, nada poderia fazer. Os defensores da adoção da

imprevisibilidade como meio de excusar-se o faltoso pelo inadimplemento, ponderam que critério é eficiente, porque não basta declarar a imprevisibilidade, é preciso prová-la, e é idêntico que nem sempre é fácil fazê-lo, tratando-se de um ponto de vista pessoal em relação ao assunto. Ainda que a parte inadimplente precise provar a sua imprevisibilidade, isso só, não basta para satisfazer os ditames das normas relativas ao comércio internacional, outra exigência da Lei Internacional sobre Venda existe, a de que uma pessoa ponderada, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias, não poderia, igualmente, ter previsto os acontecimentos.

B - c) *Pessoa ponderada (reasonable person)*

Este é mais um elemento da definição, decorrente do artigo 25, a causar polêmica e suscitando críticas, apesar de sua adoção, pela Comissão elaboradora do Projeto da Lei Internacional sobre Venda. O principal temor dospositores à inclusão dessa expressão, dizia respeito às divergências de interpretação, dado que a "pessoa ponderada" recebe conotações diversas, nas diferentes Ordens Jurídicas".

Na verdade, diz Michael WILL²³, o critério da pessoa ponderada serve apenas para eliminar pessoas não razoáveis ou não ponderadas, isto é, aqueles que devem ser considerados intelectuais, profissionais ou moralmente subadornos no comércio internacional.

A pessoa ponderada, a que se refere a definição do artigo 25 da Lei Internacional sobre venda, recebe dois elementos que auxiliam o intérprete na tarefa de precisá-la (a pessoa), quais sejam, "da mesma espécie", isto é, uma pessoa dedicada a mesma linha de comércio, exercendo a mesma função, enfim, com o mesmo nível sócio-econômico.²⁴

O segundo elemento a precisar o conceito de pessoa ponderada, é o de "nas mesmas circunstâncias", que diz respeito às condições nos mercados, tanto internacionais como regionais, legislação, ao conjunto de fatos relevantes no momento.

A criação de um modelo ideal de comerciante internacional como padrão a servir de medida ao comerciante em carne e ossos, tem como finalidade tornar possível à parte faltosa afastar quaisquer dúvidas respeitantes a sua imprevisibilidade, desde que consiga demonstrar que o seu arquétipo igualmente não teria previsto tais acontecimentos.

Resta fazer uma última observação, com referência ao tempo, à época para ser alegada a imprevisibilidade pela parte faltosa. As normas da Lei Internacional são omissas a respeito, tendo surgido várias sugestões por parte dos delegados membros da Comissão elaboradora.

O critério mais prudente, seguindo a maioria, seria o de levar em conta o momento imediatamente subsequente ao conhecimento dos fatos que tornassem impossível o cumprimento da obrigação.

Conclusão

O estudo que acabamos de desenvolver aborda a questão do inadimplemento fundamental e sua consequência mais importante, o direito de resolução, por parte do prejudicado, no contrato de venda de bens móveis. Como vimos, trata-se de contrato, mas com uma característica, é contrato realizado entre comerciantes súditos de ordens jurídicas diversas, internacional, portanto.

Como é do conhecimento de todos, o contrato é uma categoria fundamental do Direito, a qual podemos encontrar, sob as mais diversas formas, em todos os ordenamentos jurídicos. Cada um desses ordenamentos, dependendo de sua origem histórica, de suas peculiaridades, atribui-lhe certa fisionomia, certos caracteres, que acabam por tornar possível a distinção, mediante essas peculiaridades, entre um contrato realizado sob a égide de determinada ordem jurídica e um contrato efetuado à luz de outro ordenamento, já que diversos são, em cada ordenamento, os seus princípios reguladores.

Um exemplo disso encontramos na maneira, distinta, como é tratado o problema da res-

ponsabilidade por dano, no contrato, no Direito Continental Europeu e nos países da *Common Law*.

O Direito Continental Europeu, o alemão, v. g., estabelece, como regra geral, que a responsabilidade, por dano, no contrato, funda-se na culpa, havendo poucas exceções a esse respeito. O mesmo se pode afirmar com relação ao direito francês. Nos países regidos pela *Common Law*, vigoram, nesse campo, os princípios da caução e da garantia. Se o devedor prometeu a prestação ao credor, e garantiu-lhe o resultado, se ele não cumprir o acordado, ou cumprir de maneira incompleta, deverá responder em razão de sua promessa de garantia, não importando, para nada, a razão pela qual não honrou o seu compromisso.²⁵

Na Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis, ocorre uma conjugação dessas duas formas, aqui expostas, de responsabilidade por dano no contrato. Nela, Lei Internacional, não se perquire da culpa, quando se trata de indenizar danos ou prejuízos causados, por exemplo, pelo vendedor. A razão de apresentar essa característica, decorre do fato de ter sido a Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis, resultado de uma comissão formada por juristas oriundos de diferentes países, signatários da Convenção de Viena de 1980, de que surgiu a Lei sobre Venda de Bens Móveis.

Outro aspecto a ser salientado, é a maneira como o contrato de compra e venda de coisas móveis foi visualizado, nessa Lei Internacional, que acabamos de referir, sobretudo no que tange à estrutura da relação contratual.

O contrato, como relação jurídica, estabelece uma correspondência entre um direito e um dever contrapostos. O seu âmago é constituído pela conduta a ser desenvolvida pelo devedor, a favor do credor, por exemplo, a obrigação que tem o vendedor de entregar a coisa ao comprador. Dentro dessa obrigação, aparentemente unitária, estão imbutidas outras, como entregar a mercadoria bem embalada, protegê-la, se for o caso, contra o ataque de insetos (traças), etc. Todas essas prestações estão unidas para um fim comum, qual seja, o adimplemento. Até alcançar o seu fim, a obri-

gação sofre um "processo", isto é, ultrapassa várias fases, todas elas a ele, adimplemento, conducentes.²⁶

É nosso entendimento, que a comissão elaboradora da Lei Internacional sobre Venda de Coisas Móveis, pela maneira como conceitua o inadimplemento fundamental do contrato, no artigo 25 dessa lei, considerou a obrigação contratual como uma complexidade, uma estrutura (*Gefuege*) ou mesmo uma forma (*Gestalt*), o que vem a ser, em última análise, a mesma idéia, ou seja, a relação contratual é vista não como um vínculo entre dois sujeitos em posição antagônica, mas sim um vínculo que estabelece uma ordem de cooperação entre os sujeitos, ativo e passivo.²⁷

Em decorrência dessa necessidade de cooperação, surgem, em virtude de aplicação do princípio da boa fé, os denominados deveres acessórios, cuja finalidade é a de que, no cumprimento da obrigação, tudo se passe de modo considerado como devido. É justamente o que se depreende do disposto no artigo 25 da Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis que, ao conceituar o que seja inadimplemento fundamental do contrato, considera como tal, "aquele que redunde em prejuízo para a outra parte, a ponto de privá-la daquilo que podia esperar do contrato". Aqui claramente se percebe o que Siebert/Knopp definem como boa fé, "a imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte".²⁸

Ao finalizar essas ponderações, e com o objetivo de fundamentar nossas assertivas, devemos mencionar o artigo 7º da Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis, que determina a observância da boa fé no que tange à interpretação da Convenção, levando em consideração seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade em sua aplicação.²⁹

Notas

1 A obra, no original alemão, "Recht des Warenkaufs", constitui um clássico na matéria.

2 V. Aurora Gonzáles Gonzáles, ob. cit. p. 301.

3 Exemplo da utilização da doutrina da resolução, no século XIII, temos na atuação do Papa Inocêncio III que,

1208, dela valeu-se como sanção de uma ação criminosa praticada por vassalo do Conde de Toulouse, que assinou a um emissário do Papa. Este enviou uma carta a os bispos franceses, liberando aos católicos da obrigação de respeitar a pessoa e os bens do Conde. Cf. Melichini, La resolución del contrato por incumplimiento, por Aurora Gonzáles Gonzáles, ob. cit. p. 183.

Outras hipóteses existem em que pode ocorrer a extinção da relação contratual, v. g., pela caducidade. É a lei que ingue, pelo decurso do prazo; fixado à parte, para exercer determinado direito. Nas relações contratuais estabelecidas com prazo determinado, o decurso deste faz cessar, automaticamente, os efeitos da relação. Tem o mesmo efeito, a consecução do fim do contrato, do seu extinção e também a ocorrência de certos fatos, aos quais atribui o efeito de extinguir o contrato, v. g., a morte de alguém.

Muitos são os autores que, para explicar o que seja o efeito de resolução, utilizam o termo desconstituir. Ver, todos, Pontes de Miranda, tratado de Dir. Priv., § 46.

Emil Seckel, autor de "Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts", cit. por Clóvis do Couto e Silva, in Obrigação como Processo, p. 87 e ss.

4 Pontes de Miranda, obra cit. p. 337.

5 Clóvis do Couto e Silva, Obrigação como Processo, § 5.

6 O UCC distingue entre "Termination" e "Cancellation" do contrato. Termination, segundo o disposto no § 2.106, ocorre quando ambas as partes, de acordo com o que lhesulta a lei ou o contrato, decidem pôr fim ao contrato, por outra forma que o não cumprimento (otherwise than its breach). As partes ficam isentas de todas as obrigações, ainda por cumprir, mas nenhum direito, baseado no anterior quebra ou mau desempenho, sobrevive. Cancellation ocorre quando uma das partes, põe fim ao contrato, por inadimplemento (for breach), praticado pela outra contratante, e o efeito resultante é o mesmo que ocorre na Termination, exceto que a parte prejudicada não tem as sanções por inadimplemento, como um direitoseu.

7 § 2º 2.712, 2, o UCC permite ao comprador, reaver, do ao vendedor, as despesas com o cancelamento do contrato, como sanção, juntamente com quaisquer outras indenizações, definidas na lei, como lhe sendo devidas.

A expressão adimplemento ruim, "Schlechterfüllung", vulgarizada por ZITELMANN, é utilizada na Alemanha; entre nós fala-se em adimplemento defeituoso, o mais das vezes.

A figura da violação positiva do contrato, assim denominada por H. STAUB, tem o sentido de uma lesão à posição da obrigação, que não tenha como consequência a impossibilidade, nem a mora. STAUB entendia ser essa "positiva" pelo fato de, no caso, não ser imputada ao devedor omissão de uma conduta adequada, ou a impossibilidade de um cumprimento moral, mas sim, um cumprimento positivo diferente do esperado.

Sugestivo exemplo é dado pelo Professor Doutor Clóvis do Couto e Silva: "A, comerciante, convencionou com B a fabricação e a colocação de um anúncio luminoso

para efeitos de propaganda, "B" fabrica o anúncio, conforme o convencionado, mas, ao invés de colocá-lo em local de intenso tráfego, instala-o em lugar pouco frequentado, de sorte que o anúncio nenhum reflexo teria na venda dos produtos. Em tal hipótese, "A" não poderá considerar o adimplemento como satisfatório, apesar da convenção não determinar o local em que seria colocado o anúncio. "B" deveria levar em consideração que quem o contratara era comerciante e, por conseguinte, o anúncio só poderia ter interesse se situado em lugar adequado a sua finalidade".

Ver Obrigação como Processo, pp. 40.

13 Os dois exemplos encontram-se em *Cheshire-Fitfoot, Cases on the Law of Contracts*, o primeiro, *Boone vs. Eyre*, p. 463 e o segundo, *Hoenig vs. Isaacs*, p. 413-414, citação feita por Clóvis do Couto e Silva, in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, p. 68.

14 In Larenz, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, p. 150, Ed. Rev. Dir. Priv., Madrid, 1958.

15 Na versão inglesa: "A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result."

16 M. Will in *Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention*, p. 209.

17 V. Will, Michael, obra cit., p. 206.

18 O vocábulo *condition* tem várias acepções, inclusive uma que corresponde à condição, no sentido em que é utilizada em nosso direito. Na *Common Law*, no âmbito dos contratos, é utilizada como sinônimo de "termo" do contrato, ou, no original, "in contract writing, condition is often used as synonymous with term." (C. J. S., vol. 15 A, p. 338) Ainda com referência a contratos, "an implied condition is a condition which the law infers or presumes, from the nature of the transaction or the conduct of the parties, to have been tacitly understood between them as a part of the agreement, although not expressly mentioned, and sometimes termed a "condition in law". (C. J. S. vol. 15 A, p. 337).

19 "In the law of contracts, a warranty is an agreement which refers to the subject matter of the contract, but which is collateral to its main purpose, not being an essential part of it, either from the nature of the case or the agreement of the parties, as stated in contracts." (C. J. S., vol. 93, p. 556, § 342).

20 V. Will, Michael, ob. cit., p. 206 e ss.

21 Diz textualmente o autor "Bei Wesentlichkeit des Vertragsverstoßes, bei einem "fundamental breach of contract", bei einer "contravention essentielle au contrat", kann der Vertrag aufgehoben werden. Stellt sich die Verletzung einer Vertragspflicht als nicht wesentlich dar, so beschränkt sich die Sanktion auf die Leistung von Schadensersatz. "In: Probleme des Haager einheitlichen Kaufrechts", AcP, Band 178, p. 131, ano 1978.

22 É a lição de Ernst von Caemmerer: "Da aber, wo der Leistungstermin nicht Vertragswesentlich ist, gilt das System der Nachfristsetzung". Art. cit., p. 133, AcP 178.

23 No original: "The reasonable person test simply ser-

ves to eliminate unreasonable persons; i.e., those who are to be considered intellectually, professionally, or morally sub-standard in international trade. "M. Will, ob. cit. p. 219, in fine.

24 Durante a discussão sobre as características que deveria ter a pessoa razoável, a reasonable person, a França sugeriu a figura tradicional em seu direito, o bom pai de família, adaptado às circunstâncias, "le bon père de famille devenu commerçant international", e a URSS, a do comerciante dedicado ao comércio internacional, "a merchant engaged in international commerce.

25 A esse respeito ver LARENZ, Karl, in *Derecho Justo*, pp. 114 e ss.

26 É precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como um processo, ensina Clóvis do Couto e Silva, in *Obrigação como Processo*, p. 10.

27 Há quem veja a obrigação como uma estrutura (Gefuege) em sentido hegeliano, como é o caso de Larenz; outros, vêem a obrigação como uma forma própria, uma "Gestalt", isto é, não como uma soma de elementos que deverão ser isolados, e sim como conjuntos, "Zusammenhänge", que possuem uma solidariedade interna e têm leis próprias, de modo que a forma de ser de cada parte, depende da estrutura do conjunto. A esse respeito, manifesta-se ZEPOS, Panajiotis: "Will man nun das Schuldverhältnis 'gestalttheoretisch' erklären, so kann man es als eine in sich organisierte Ganzheit von Rechtsverhältnissen zwischen Gläubiger und Schuldner fassen, welche - wie gesagt nicht die bloße mathematische Summe oder die mechanische Anhäufung der dahingehörenden Elemente, sondern etwas mehr, eine besondere "phänomenologische Gegebenheit", ein eigentlicher Komplex von Rechten und Pflichten mit eigenem Sinn und eigener Funktion und Wirkung ist. Das Schuldverhältnis hat indieser hinsicht seine eigene Gestaltqualität." In *AcP*, 155, pp. 490 e ss. "Zur einer gestalttheoretischen Auffassung des Schuldverhältnisses. 28 No original: "das Gebot der Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des anderen Teils", cit. por ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, in *Direito das Obrigações*, p. 81.

29 Artigo 7º da Convenção: (1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

Bibliografia

I. Compêndios

Alvim, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

Bianca, C. M. Bonell, M. J. *Commentary on the International Sales Law*; The 1980 Vienna Sales Convention. Milan, Giuffrè, 1987.

Bulgarelli, Waldírio. *Contratos Mercantis*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

Caetano, Marcelo Alves, José Carlos Moreira; Silva, Clóvis do Couto e; Costa, Mário Júlio de Almeida. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. (I Jornada luso-brasileira de direito civil). São Paulo: RT, 1980.

Costa, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 4.ed. Almedina, 1984, p. 230 a 259.

González, Aurora González. *La Resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. 1. ed. Barcelona: Bosch, 1987. (Monografia)

Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid: 1958.

— *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas S/A, 1985. (Monografia)

Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. 38, Borsói, 1962, p. 331 a 348.

Represas, Felix Trigo; Stiglitz, Rubén S.; e outros. *Contratos*. Buenos Aires: La Rocca

Silva, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

Uncitral Wiener. *Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge*, vom. II, Rolf Herber, April, 1980.

Wieacker, Franz. *El Principio General de la Buena Fé*. Madrid: Civitas, 1982.

Will, M. *Commentary on the International Sales Law*; Abstract, art. 25 - Fundamental Breach. Milan: Giuffrè, 1987.

II. Periódicos

Bianca, C. Massimo. La Nozione di Buona Fede quale regola di comportamento contrattuale. *Riv. di Dir. Civ.*, n. 3, 1983, pp. 206/216.

Burton, Steven J. Breach of contract and the common law duty to perform in good faith. *Harvard Law Review*, v. 94:321 e ss.

Caemmerer, Ernst von. Probleme des Haager einheitlichen Kaufrechts. *Archiv. Civil. Praxis*, 178, Heft 2-3, *AeP* 1978, p. 131 (wesentliche Vertragsverletzung); p. 135 (objektive Vertragsverletzung).

Corpus Juris Secundum. Vols. 15A (condition) e 93, § 342, (warranty).

Fadlallah, Ibrahim. Projeto de Convenção sobre a Venda de Mercadorias. *Revista dos Tribunais*, 630, abril 1988, (Prof. na Univ. de Dijon e Paris II).

Kahn, Philippe. La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, *Revue Intern. de Droit Comparé*, 33, 1981, p. 951-986.

Schlechtriem, Peter. Einheitliches UN-Kaufrecht. *Juristen Zeitung*, 43. Jahrgang 18. November 1988, p. 1037-1043.

Tunc, André. Padrões Jurídicos e Unificação do Direito. *Revista de Consultoria Geral do Estado*, vol. IV, n. 9, 1974.

Vasseur, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1964, p. 5-48.

Zeppos, Panajiotis. Zu einer "gestalttheoretischen" Auffassung des Schuldverhältnisses. *Archiv civil. Praxis*. *AeP* Band 155. p. 486.

A compensação de tributos no Direito brasileiro -- parte geral

Franz August Gernot Lippert

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS

SUMÁRIO

1. A Compensação no Direito Romano e Medieval; 2. A Compensação no Direito Moderno; 3. A Compensação no Direito Tributário Moderno; 4. A Compensação no Direito Tributário Brasileiro; 5. Em Conclusão; 6. Observações Finais; 7. Bibliografia.

Abstract

La législation fiscale au Brésil a résisté pendant long temps à admettre la compensation à l'égard des impôts.

Ce ne fut qu'en 1991, que la Loi Fédérale n° 8.383 a introduit effectivement la compensation des impôts fédéraux, mais encore d'une façon trop restreinte qu'il est indispensable de la modifier en élargissant son champ d'application pour atteindre une vraie justice fiscale.

1. A compensação no Direito Romano e Medieval

Compensar significa estabelecer o equilíbrio, contrabalançar, contrapesar, pesar 2 créditos, um de A contra um de B e outro de B contra o de A.

"Compensam-se crédito e dívida.

Um vai a um prato o outro ao outro prato da balança"¹

"Le mot compensation, de prendre cum, éveille l'idée d'une pesée, d'une balance. La balance des sommes que deux personnes se doivent réciproquement."²

Apesar da comprovada utilidade jurídica do instituto da compensação surge a mesma apenas, bastante tarde no Direito Romano, desconhecendo-a o direito romano antigo, em decorrência da adoção pelo seu direito processual do "princípio da unicidade da questão" ou,

em outras palavras, "a cada questão o seu processo."

Cada crédito existia independentemente, sem que outro crédito pudesse compensá-lo, ressalvada a hipótese da *deductio*, que era oponível aos banqueiros e aos *emptores bonorum*, figura do direito falimentar. Apenas a partir de Marco Aurélio admitiu-se a compensação como modo especial de extinção de obrigações, até onde essas se equivaliam, entre pessoas que eram, ao mesmo tempo, devedora e credora uma da outra, mas, apenas, a título de *exceptio doli*, pois passou-se a considerar dolo pedir o que imediatamente teria que ser restituído: *Dolus facit, qui petit quod redditurus est*. (Paulo, L. 173, 3, D, de *diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17)³.

Justiniano, regulando a compensação em novas bases, ampliando-a (Cód. Liv. IV, Tit. 31, pág. 14), deu ao instituto, basicamente, suas características atuais, distinguindo:

1. A compensação legal, *ex lege, ipso jure* ou automática, que se opera em decorrência da constituição do suporte fático previsto na lei, extinguindo-se as obrigações até onde se compensarem;

2. A compensação judicial, que consiste no acolhimento pelo juiz da alegação do réu da existência de contracrédito, hoje feita na reconvenção ou nos embargos, alegação que se constitui em exercício de direito formativo extintivo; e

3. A compensação negocial, verdadeiro negócio jurídico, contrato de compensação, regido pelos princípios gerais atinentes, por exemplo, a nulidade, a anulabilidade ou a rescisão.

Criado o instituto, passou o mesmo a ter um largo e crescente uso, em decorrência de sua grande utilidade, seu verdadeiro fundamento, como ensinou de maneira simples e contundente, Cino de Pistoia, quando escreveu: *Melius est non solvere quam solutum repetere*.

As Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título 72, pr.) referem-se à compensação da seguinte maneira:

"Compensação quer tanto dizer com desconto d'huã divida a outra. E foi introduzida per direito com justa razom de igualdade, porque mais razoada cousa he nom pagar homem o que nom deve, se lhe outro tanto he devido, ca pagallo, e depois repetillo, com cousa nom devuda. (No § 1º, aparecia o "com tanto que se alegue")."⁴

As Ordenações Manuelinas, (Livro IV, Título 56 pr.) e as Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 78p.) repetiram o texto das Ordenações Afonsinas a respeito.

2. A compensação no Direito Moderno

Constituindo-se a compensação num dos modos de extinção das obrigações, surgiram a respeito 3 (três) sistemas a saber:

2.1. O *Sistema francês*, onde a compensação se opera, por influência direta da sistemática adotada por Justiniano, de pleno direito, automaticamente, nos termos do disposto no artigo 1290 do Código Civil Francês, nos seguintes termos:

"Art. 1290 - La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs, les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où

elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives".

2.2. O sistema germânico:

2.2.1. A compensação legal e judicial eram alheias ao direito germânico, onde era admitida, apenas, a compensação por negócio jurídico, através do contrato de compensação.

2.2.2. Atualmente, admite o direito alemão, nos termos constantes dos § 387 a 396 do B.G.B., as 3 (três) formas de compensação já referidas: a legal, a judicial e a negocial, exigindo, entretanto, quanto à primeira, nos termos do disposto no § 388 B.G.B., expressa manifestação do credor-devedor compensante, através de emissão de declaração receptícia de vontade, exercício de direito formativo extintivo.

2.3. No sistema inglês a compensação se efetiva, apenas, por ato judicial ou negocial⁵.

2.4. O sistema brasileiro:

A concepção brasileira da compensação legal encontra-se regulada nos artigos 1.009 e 1.010 do Código Civil, tendo, aparentemente, o nosso sistema jurídico adotado o sistema francês da compensação *ex lege*, legal, de "pleno direito", ou automática, conforme a opinião da quase totalidade dos juristas nacionais; tendo rompido, assim, com a tradição luso-brasileira, que exigia a alegação. Esta corrente, entretanto, foi combatida por Pontes de Miranda⁶, eis que a *alegação* da compensação, no direito brasileiro para este autor, constituiu-se em elemento integrativo de seu suporte fático.

"A alegação não é o exercício de pretensão a compensar, é exercício de direito formativo extintivo, de direito formativo à compensação; portanto, o suporte fático da compensação a que, faltava esse elemento, se perfaz, automaticamente".⁷

Não há, entretanto, dúvida dos autores a respeito da necessidade da alegação, quanto à compensação judicial, nos termos do disposto no artigo 745 do Código de Processo Civil.

2.4.1. Os Pressupostos da Compensação no Direito Brasileiro

sendo a compensação um meio especial de extinção de obrigações, até onde se equin, entre pessoas, que são ao mesmo tempo credores e devedores, uma da outra, consiste serem nos termos da legislação brasileira, os seguintes os seus pressupostos:

2.4.1.1. A reciprocidade das obrigações no momento da compensação, nos termos art. 1.009 do Código Civil Brasileiro, *gegenseitigkeit* do direito alemão); existente 2 (dois) ou mais créditos contrapostos, "A" é credor de "B" e "B" é credor de "A", eis que a extinção das obrigações opera-se pelo "encontro de créditos recíprocos" e as mesmas partes.

2.4.1.2. A compensabilidade das dívidas (*sichartigkeits*), sua mesmidade, fungibilidade, igualdade, ou homogeneidade, nos termos dos arts. 1.010 e 1.011 do Código Civil Brasileiro, referente sempre à natureza das prestações devidas e não à sua causa jurídica. Não é suficiente que cada um dos créditos cuja compensação se pretende seja "em si" fungível, é necessário, entretanto, que os créditos a serem compensados sejam "entre eles" fungíveis. A compensabilidade, a mesmidade, a fungibilidade ou igualdade, que se exige aos créditos a serem compensados, não é a igualdade quantitativa: basta a homogeneidade ou igualdade qualitativa, admitindo-se, consequentemente, a compensação parcial.

O conceito de compensabilidade foi, em parte, estruturado pela jurisprudência.

2.4.1.3. A certeza e liquidez das dívidas, termos do disposto nos arts. 1.010 e 1.012 do Código Civil Brasileiro; a "certeza" refere-se à existência da dívida; a liquidez concerne ao quantum da dívida; essa deve ser determinada quanto a seu objeto. A dívida não deve ser líquida, se precisa de simples operação matemática para sua fixação como, por

exemplo, do cálculo dos juros legais ou da correção monetária. - Se o crédito certo significa que ele é plenamente eficaz.

2.4.1.4. A exigibilidade das prestações; - as dívidas, nos termos do disposto no artigo 1.010 do Código Civil, devem estar vencidas. Somente dívidas vencidas podem ser compensadas.

O artigo 170 do Código Tributário, entretanto, permite a compensação de crédito vencido com créditos vincendos. - As dívidas prescritas também são compensáveis, se a compensabilidade ocorreu antes da prescrição.

2.4.1.5. O ato de alegação da compensação pelo credor-devedor, que é exercício de direito formativo extintivo no direito brasileiro, conforme ensinamento de Pontes de Miranda, já anteriormente mencionado.

3. A compensação no Direito Tributário moderno

3.1. A doutrina

3.1.1. O Professor Alcides Jorge Costa, examinando a literatura européia da primeira metade deste século a respeito da compensação no direito tributário, em princípio conclui que em geral ela é admitida em maior ou menor extensão e poucas vezes vetada, mas sempre com tendência a tornar-se menos ampla que no direito privado, indicando a respeito:

1. Henri de Page, *Traité Elementaire de Droit Civil Belge*, Ed. Bruxelas, 1950, Etablissements Bruylant Emile, 2ª ed. pág. 619;

2. Ernst Blumenstein, "Sistema di Diritto delle Imposte", Dott. Antonio Guiffre, Milano, pág. 249 e 439;

3. Giorgio Tesero, "Principi di Diritto Tributario", Ed. Dott. Luigi Monci, Bari 1938, pág. 496; e

4. Antonio Berliri, "Principi di Diritto Tributario", Ed. Dott. A. Guiffre, Milano 1957, vol. II, pr. 328.

Conclui o Professor Alcides Jorge Costa que:

1. Henri de Page, quanto à Bélgica, informa que não se admite a compensação, porque o interesse geral exige que a arrecadação de impostos seja sempre assegurada, pois dela depende a vida diária do Estado.

2. Ernst Blumenstein, quanto ao direito suíço entende que à parte do silêncio da lei, a inexistência da compensação, envolvendo créditos tributários, deriva da natureza juspublicística do crédito do imposto, sendo o dever tributário um dever cívico do devedor do imposto, não podendo o mesmo liberar-se, reportando-se a relações jurídicas patrimoniais de qualquer natureza com o ente público.

3. Giorgio Tesoro, quanto ao direito italiano, produz uma larga argumentação para demonstrar que não deve haver compensação quando está em jogo um crédito tributário, pois o interesse geral existe que seja assegurada a arrecadação rápida dos tributos por serem distintas a natureza do direito do Estado, que é um crédito publicístico, e a natureza do direito do particular, que corresponde a um crédito de natureza privatística.

4. Antonio Berliri, entende, quanto ao direito tributário italiano em especial e quanto ao direito tributário em geral, ser a compensação uma forma instantânea de extinção da obrigação, economicamente equivalente ao pagamento e (sendo esta conclusão extremamente importante) “não existir diferença estrutural entre obrigações de direito público e de direito privado”.

Conclui Berliri que “o problema da admissibilidade ou não da compensação deve ser examinado e resolvido não com base em princípios mais ou menos discutíveis, afirmados aprioristicamente, mas com base em normas do código coordenadas com as que regulam os pagamentos e a arrecadação dos entes públicos”.

3.2. Regras Jurídicas Atinentes à Compensação Tributária

3.2.1. A mais antiga norma jurídica atinente à compensação que encontrei é a seguinte: “Compensationi fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat quae petit. Adque hoc juris propter confutionem diversorum officiorum tenaciter servandum est. L. 45, § 5º, Dig. De Jure Fisci.”⁸

3.2.2. O grande Teixeira de Freitas, “Projeto”, art. 1.169, redigiu a respeito da compensação do crédito tributário um texto, que resultou no artigo 823 do Código Civil Argentino, nos seguintes termos:

“823. Las deudas y créditos entre particulares y el Estado no son compensables en los casos siguientes:

1º Si las deudas de los particulares proveniesen de remates de cosas del Estado, o de rentas fiscales, o si proviniesen de contribuciones directas o indirectas, o de alcance de otros pagos que deban hacerse en las aduanas, como derechos de almacenaje, depósito, etcétera.

2º Si las deudas y los créditos no fuesen del mismo departamento o ministerio.

3º En el caso que los créditos de los particulares se hallen comprendidos en la consolidación de los créditos contra el Estado, que hubiese ordenado la ley.”

3.2.3. Diferente, entretanto, o regramento quanto à compensação de crédito particular cum um crédito público no Código Civil Alemão cujo § 395 dispõe:

“Contra um crédito da Federação ou de um Estado federado, assim como contra um crédito de um município ou de uma outra união comunal, só é admissível a compensação quando a prestação tiver de realizar-se à mesma caixa pela qual o crédito do compensante deve ser pago”⁹.

A palavra caixa = “Kasse” deve ser entendida, de acordo com a doutrina e jurisprudência alemã, como o órgão do respetivo poder público, que efetivamente receberia a respectiva quantia, se não houvesse compensação.¹⁰

3.2.4. No dia 1º de janeiro de 1977, entrou em vigor o atual Código Tributário Nacional

mão (Abgabenordnung) cujo § 226 regula seus 4 (quatro) incisos a compensação de litos tributários naquele país, nos seguintes termos:

“(1) Para a compensação com pretensões decorrentes de uma relação de débito de imposto, bem como para a compensação contra pretensões, aplicam-se, no que couber, os ceitos do Direito Civil, salvo disposições contrário.

(2) Não é possível compensar com pretensões decorrentes da relação de débito de imposto, quando elas tenham sido extintas pela extinção ou pelo decurso de um prazo de prescrição.

(3) Os contribuintes somente podem compensar contra pretensões decorrentes da relação de débito de imposto pretensões não litigiosas ou insuscetíveis de impugnação.

(4) Para os efeitos da compensação, considera-se credor ou devedor de uma pretensão decorrente da relação de débito de imposto a pessoa jurídica que administra o imposto”¹¹

Examinando-se o texto legal alemão consumamos o seguinte:

1. Quanto à compensação legal tributária aplicam-se, salvo expressa disposição em contrário as normas do direito civil. (Ocorreu a aplicação destas).

2. Não se admite a compensação, se houve extinção ou preclusão de um dos créditos.

3. O contribuinte poderá compensar, apenas, crédito líquido e certo = crédito plenamente eficaz.

4. O disposto no § 226 é aplicável tanto ao devedor do imposto quanto como ao credor do imposto.

5. A compensação é uma extinção recíproca de 2 créditos homogêneos, em decorrência da manifestação de vontade de uma das partes.

6. A exigência da “identidade de caixa” ou “Kassenidentität”, prevista no § 395 do B.G.B., anteriormente referida, não foi alterada.

4. A Compensação no direito tributário Brasileiro

4.1. Dispõe a respeito o artigo 1.017 do Código Civil Brasileiro:

“As dívidas fiscais da União, dos Estados e dos Municípios também não podem ser objeto de compensação, exceto nos casos de encontro entre a administração e o devedor, autorizados nas leis e regulamentos da Fazenda.”

Merecem atenção as restrições e limitações ao uso da compensação, criadas pela legislação.

4.2. O “Anteprojeto” do mestre Rubens Gomes de Souza previa no seu artigo 184, III, expressamente, a extinção do Tributo através da compensação, dedicando ao instituto, ainda, os artigos 208 e 209.

Os dispositivos do Anteprojeto permitiriam a compensação tributária desde que:

1. admitida por disposição expressa da lei tributária;

2. sendo os créditos “de qualquer origem” vencidos, líquidos e certos;

3. contra pessoa jurídica a cuja competência pertencesse o tributo, adotando, consequentemente, o sistema de “identidade de caixa”, (parecido com o sistema tributário da “Kassenidentität”);

4. admitida por despacho da autoridade competente.

O artigo 209 admitiria a compensação legal a favor da Fazenda contra o contribuinte, decorrente de condenação judicial ou administrativa passada em julgada.

4.3. A “Comissão”, entretanto, eliminou a compensação, entendendo existir “impedimento constitucional”, consubstanciado no princípio da universalidade do orçamento, consagrado pelo art. 73 da então Constituição Federal (1946), pois a unidade da tesouraria impediria a extinção dos débitos da Fazenda Pública por via da compensação, à margem das dotações orçamentárias votadas para a despesa.

4.4. O instituto da compensação finalmente veio constar do artigo 170 e § único do Código Tributário Nacional nos seguintes termos:

"Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos,¹² do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento".

Decorre do texto do art. 170 combinado com o artigo 91, I ambos do C.T.N. que somente a lei pode estabelecer a instituição ou extinção de tributo, e conseqüentemente, a compensação, sendo uma das modalidades de extinção da obrigação tributária, ficará, no âmbito do direito fiscal, condicionada à existência de lei que expressamente a autorize¹³.

Em outras palavras, o artigo 170 do C.T.N., lei complementar, permite a compensação por lei ordinária de créditos vencidos e vincendos, líquidos e certos, nas condições e garantias que a lei ordinária estipular ou nas condições e garantias que a lei ordinária tenha autorizado a administração pública a estipular.

A compensação no direito tributário brasileiro dependerá sempre de expressa autorização legal, que deve estipular também as condições e garantias que serão exigidas pelo fisco para tanto, sem discricionariedade, face ao princípio da reserva legal¹⁴.

4.5. No direito tributário brasileiro encontramos a compensação tributária, exemplificativamente, em:

1. A lei nº 4.357/64, conseqüentemente, anterior à promulgação do C.T.N., que criou as Obrigações Reajustáveis do Tesouro Naci-

onal - ORTN para o pagamento de qualquer tributo federal, como também as leis que criaram a Letra do Tesouro Nacional - LTN e o Bônus do Tesouro Nacional - BTN.

2. O artigo 161 da anterior Constituição Federal, que admitia o pagamento do Imposto Territorial Rural com Títulos da Dívida Pública Federal.

3. As normas tributárias estaduais, como por exemplo, a Lei nº 10.425 de 08 de dezembro de 1971 do Estado de São Paulo e o decreto nº 21.899, de 25 de julho de 1972 do Estado do Rio Grande do Sul, que permitiam a compensação, exigindo ambas as leis para a apresentação dos atinentes requerimentos da compensação a confissão irretratável do débito fiscal e a expressa renúncia a qualquer defesa ou recurso administrativo ou judicial, bem como a desistência dos já interpostos.

4. A compensação ocorria e ocorre, também, na área do Imposto de Renda, quando esse é retido na fonte, podendo ser compensado pelo contribuinte na sua declaração anual de rendimentos.

5. A compensação, quanto ao IPI e ICMS, está expressamente prevista na Constituição Federal em seus artigos 153, § 3º, II e 155, § 2º.

6. A lei nº 8.383/91 regulou a compensação nos seus artigos 25, § 4º, 26, § 2º, 34, 36, 38, § 8º, 66, § 1º a 3º, 80 e 81, sendo o de maior alcance o artigo 66, cuja redação é a seguinte:

"Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes.

§ 1º. A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

§ 2º. É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º. A compensação ou restituição será dada pelo valor do imposto ou contribuinte corrigido monetariamente com base na ação da UFIR.

§ 4º. O Departamento da Receita Federal Instituto Nacional de Seguro Social - INSS emitirá as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo".

Examinando-se o texto constata-se o seguinte:

1. A compensação prevista no artigo 66 da Lei nº 8.383/91 somente pode ocorrer quanto a tributos e contribuições federais;

2. Somente é admitida a compensação para extinção de dívidas tributárias correspondentes a períodos subseqüentes à data do recolhimento, por erro ou da reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, administrativa ou judicial.

Conseqüentemente, parece que não se admite a compensação para a extinção de dívidas tributárias, que correspondam a períodos anteriores ao recolhimento por erro ou à data da reforma, anulação, revogação ou rescisão da decisão condenatória, desconstituída, revogada, anulada ou reformada, o que seria profundamente injusto.

Vittorio Cassone¹⁵ como outros estudiosos do direito tributário, não concorda com esta interpretação por entender que a norma deve presumir que os tributos correspondentes a períodos anteriores sempre tenham sido recolhidos pontualmente pelo contribuinte, razão pela qual o texto legal refere-se, apenas, aos períodos subseqüentes e assim não existiria razão para negar ao contribuinte o direito de, também, compensar dívidas tributárias, correspondentes a períodos anteriores ao recolhimento por erro, ou à data da reforma, anulação, revogação ou rescisão da decisão condenatória, desconstituída, revogada, anulada ou reformada.

Invoca Cassone para tanto, os artigos 1.009 do Código Civil e o artigo 66 da própria Lei 8.383, recomendando, porém, um exame cuidadoso em cada caso.

3. O direito do contribuinte à compensação, constituído o suporte fático descrito na lei, constitui-se em direito subjetivo e é autoexecutável, não havendo necessidade de qualquer autorização do Poder Executivo a respeito e quaisquer normas baixadas pela administração pública serão ineficazes se visarem obstaculizar ou, se de fato, vierem obstaculizar, a compensação tributária.

4. O § 1º do artigo 66 admite a compensação entre tributos e contribuições da mesma espécie.

A respeito, formaram-se 2 (duas) correntes a saber:

4.1. Entendem alguns que a compensação prevista no § 1º do artigo 66 não permite que diversos impostos ou contribuições ou taxas federais possam ser compensados entre si; teria permitido a lei, apenas, por exemplo, a compensação de imposto de renda pago com imposto de renda a pagar, de imposto sobre importação pago com imposto sobre a importação a pagar, Cofins com Cofins, Finsocial com Finsocial, impondo ao contribuinte uma limitação que parece injustificável, considerando-se especialmente a "identidade da caixa" ou a "Kassenidentität" já que, o destinatário de todos os tributos e contribuições federais é a própria União Federal.

Neste sentido João Francisco Bianco¹⁶ e Hugo de Brito Machado¹⁷, que concluem que a mesma espécie deve ser entendida "como a mesma destinação orçamentária".

4.2. Vittorio Cassone¹⁸ comenta este entendimento no seu trabalho já citado e diverge desta opinião com muito acuidade jurídica nos seguintes termos:

"Alguns entendem que a compensação somente pode operar-se entre tributos da mesma identidade: IR com IR, IPI com IPI, FINSOCIAL com FINSOCIAL, COFINS com COFINS, e assim por diante. Outros entendem que qualquer recolhimento indevido ou maior do que o devido pode ser compensado com quaisquer outras espécies tributárias da União, inclusive contribuições.

Não comungo com nenhuma dessas opiniões. Em primeiro lugar, deve-se obedecer à lei (CF, art. 5º/II). A Lei diz que a compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições "da mesma espécie". As espécies tributárias estão relacionadas no capítulo do Sistema Tributário Nacional (arts. 145/162); Impostos, Taxas, Contribuições de Melhoria, Empréstimos compulsórios e Contribuições sociais.

Se é a própria Constituição que diz quais são as espécies tributárias, e sobrevém a Lei para permitir a compensação entre tributos e contribuições da mesma espécie, não vejo como possa dar-se outra interpretação senão aquela segundo a qual impostos podem (e devem) ser compensados com impostos, taxas podem ser compensadas com taxas, contribuições sociais podem ser compensadas com contribuições sociais. E a lei (§ 1º) andou bem em assim dispor.

Com efeito, não é possível compensar impostos com contribuições sociais, porque enquanto aqueles são arrecadados para custear despesas gerais, sendo proibida a vinculação da receita de impostos a órgãos, fundo ou despesa (art. 167/IV da CF), as contribuições sociais servem para financiar a Seguridade Social (arts. 149 c/c 194/204 da CF), e que se acham correlacionados com os três orçamentos que a Constituição determinou e que não se confundem, porque distintos: a) orçamento fiscal; b) orçamento de investimentos; c) orçamento da seguridade social (art. 165/5º).

Por isso mesmo - e dentro da interpretação sistemática que dou ao dispositivo legal em análise - um determinado imposto pode ser compensado com o mesmo ou com outros impostos, porque a natureza destinatária (da sua receita) é a mesma, pertence ao mesmo orçamento (fiscal, da União), dando-se uma sintonia, uma harmonia, uma perfeita correspondência entre ambos, adequando-se o art. 1.009 do CCB c/c art. 109 do CTN,

com base fundamental nos arts. 146 e 5º/II da CF, portanto, não só do ponto de vista jurídico, como também sob o aspecto lógico e contábil-financeiro. Na mesma linha de raciocínio, o FINSOCIAL pode ser compensado com o COFINS, porque pertencem à mesma espécie tributária (contribuição social para a Seguridade Social) e ao mesmo tempo orçamento, o que significa dizer que contêm todos os requisitos e condições para compensarem-se."

Entendem os autores que se filiam à mesma opinião de Cassone que, se assim não for, poderá a Administração Pública Federal criar, através de normas infralegais, subespécies de impostos e contribuições e assim obstaculizar ou dificultar a compensação de impostos ou contribuições, apesar de serem da mesma espécie, ou como mostra o Professor Alcides Jorge Costa a respeito da Instrução Normativa 67, se a receita estabelecer um código para um tipo de rendimento de pessoa física e outro para o outro tipo de rendimento da mesma pessoa física, ambas as incidências não servem mais do mesmo imposto, e, conseqüentemente, não seria possível sua compensação no direito tributário brasileiro.

5. Examinando-se o texto do artigo 66 da lei 8.383, impõe-se a conclusão que o mesmo, combinado com os artigos 1009 e 1010 do Código Civil permite, na área federal, ao contribuinte, optar pela compensação legal através do exercício do direito formativo extintivo, não cabendo à Administração Pública estabelecer quaisquer outras exigências ou normas infralegais para a plena existência, validade ou eficácia da compensação.

6. O artigo 66, § 2º da lei 8.383 permite, ainda, expressamente, ao contribuinte optar entre a compensação ou a restituição (repetição do indébito, nos termos do disposto no artigo 165 do CTN) ("Se o pagamento foi feito além dos limites determinados na

fiscal ou o tributo pago não corresponde à previsão legal, surge o indébito tributário")¹⁹

7. O § 3º do artigo 66 determina que os valores, objeto de compensação ou de restituição, serão corrigidos monetariamente na base na variação da UFIR, generalizando-se, assim, por lei aquilo que o Poder Judiciário através da jurisprudência já tinha decidido a conceder nos casos concretos submetidos à seu julgamento.

7.1. O entendimento da Receita Federal, substanciado no art. 6 da I.N. 67 que os valores pagos indevidamente à União, antes de 1.1. de 1992, apenas sejam convertidos em UFIR pelo valor desta em 2 de janeiro de 1992, além de não ter qualquer base legal, constitui-se num verdadeiro acinte ao princípio da equidade, base não apenas do direito privado, mas também do direito público, e menos do Estado Democrático.

8. Das Normas Infralegais

8.1. O § 4º do artigo 66 da lei 8.383 faz referência a instruções a serem baixadas pela Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social, o que efetivamente ocorreu pela Instrução Normativa nº 67, de 26.05.92, expedido pelo Diretor do Departamento da Receita Federal - D.O.U. de 27.05.92 e pela Secretaria da Previdência Social o Ministério, através da Orientação Normativa nº 2, de 1.08.94. D.O.U. de 15.08.94.

8.2. Foi solicitado, ainda, parecer à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - P.G.F.N./CRJN, que tomou o nº 638/93, referente à correta interpretação do artigo 86 da lei 8.383, tendo esse sido publicado no Diário Oficial da União de 29.07.93. Este parecer adota a mais restrita interpretação imaginável a respeito, e apoiando-se no art. 1º do C.T.N. (A natureza jurídica de um tributo é determinado por seu fato gerador), entende o parecerista, que tributos da mesma espécie são os que tem o mesmo fato gerador. Merecem ainda destaque as seguintes conclusões constantes do referido parecer.

8.2.1. Não se pode dar à compensação de créditos tributários tratamento jurídico igual ao dispensado à compensação de créditos comerciais e civis, uma vez que as normas aplicáveis aos tributos, inclusive ao indébito tributário, atendem ao regime de Direito Público, o que afasta o regime de Direito Privado, também, no que tange à compensação.

8.2.2. A principal diferença entre a compensação do Direito Privado e a do Direito Tributário é que esta pode ocorrer somente na hipótese de existir lei específica do ente titular da competência tributária, autorizando a autoridade fiscal competente a proceder à compensação entre créditos fiscais com créditos do sujeito passivo contra o Fisco, observadas as condições e garantias por essa lei específica estipuladas, ou estipulações, caso a caso, atribuídas por ela à autoridade administrativa.

8.2.3. O sujeito passivo da obrigação tributária não tem, em princípio, direito subjetivo à compensação, sendo que esta não é obrigatória nem se opera automaticamente. Para ter direito à compensação, não basta o contribuinte entender que pagou ou recolheu o tributo ou a contribuição federal indevidamente, ou a mais que o devido, sendo necessário que o seu respectivo crédito tenha sido reconhecido pela Administração Fazendária ou por decisão judicial com trânsito em julgado, eis que o art. 170 do CTN assim o exige, para que seja possível a compensação, e ainda que o crédito do sujeito passivo contra o Fisco seja líquido e certo.

8.2.4. Apesar da própria IN 67/92 permitir diretamente ao contribuinte a compensação de débitos vencidos a partir de 01.01.92, afirma ainda o parecerista que o contribuinte não pode pretender a compensação de créditos de tributos e contribuições, devendo esses seguir o regime especial do Direito Público. Assim, a compensação somente pode ser realizada na hipótese de autorização específica de lei e em estrita obediência às condições e às garantias estipuladas

por essa lei especial e por ato regulamentar da autoridade fazendária;

5. Em conclusão

1. A doutrina e a legislação resistiram por muito tempo à admissão da compensação no direito tributário, ou negando-a simplesmente, ou admitindo-a, apenas, com vastas restrições;

2. O Código Tributário Nacional, Lei Complementar, admite nos termos do disposto no seu artigo 170, parágrafo único, mas, ainda, exige para sua concretização, lei ordinária específica;

3. Na área federal, foram promulgadas diversas normas legais ordinárias, especialmente as consubstanciadas no artigo 66 da lei nº 8.383 de 30 de dezembro de 1991, atinentes, apenas, à compensação de tributos federais.

Mesmo essas normas, entretanto, caracterizam-se pelas restrições, que ao menos aparentemente contém, quanto à compensação, comparando-as, por exemplo, com as normas correspondentes do Código Tributário Alemão; e

4. Tendo surgido sérias divergências, quanto à sua interpretação em relação à sua aplicabilidade temporal e quanto aos tributos que possam ser compensados entre si, caberá ao Poder Executivo reformular as normas ou ao Poder Judiciário, quando de sua aplicação ao caso concreto, dar-lhes a interpretação, de acordo com o sistema jurídico brasileiro.

5. São gritantes as restrições constantes das normas infralegais baixadas pelos órgãos do Poder Executivo, quanto à execução da lei nº 8.383, afrontando a legislação específica.

6. Observações finais

A conquista do direito subjetivo público quanto à compensação de crédito do contri-

buinte contra o Estado por créditos tributários do Estado contra o contribuinte, faz parte da luta pela conquista da cidadania e da democracia, da luta do homem contra o Estado;

Na primeira e na segunda metade do século XX, mentes brilhantes, juristas, notoriamente insuspeitos de qualquer interesse subalterno, negam esta possibilidade por "razões de Estado", para resguardar o Estado, prejudicando o mais legítimo interesse do contribuinte de recuperar o que pagou por erro ou que lhe foi exigido pelo Poder Público contrariamente à lei.

A própria ordem jurídica privada através de seus Códigos Civis esforça-se, ainda, em dificultar a obtenção pelo cidadão daquilo que lhe é devido pelo Poder Público.

Mas a humanidade avança e com ela a idéia da democracia, a idéia da igualdade e a idéia do direito subjetivo público.

Devagar surgem leis novas a respeito, os códigos mudam; o mundo não aceita a prepotência do Estado e de repente a ordem jurídica cria instrumentos que permitem ao cidadão compensar com o Estado os seus créditos e suas dívidas.

Rudolf von Ihering escreveu na sua magnífica obra "A Luta pelo Direito" que não existe no mundo qualquer direito subjetivo que não tenha sido arduamente conquistado por alguém.

A conquista da liberdade e da igualdade pelos povos decorre de uma luta de gerações.

A conquista da compensação também foi, e será, o resultado de uma luta, que ainda não terminou, mas a aurora do dia da vitória já se anuncia no horizonte.

Notas

1 Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. 24, p. 305, 2ª edição, 1959, Editora Borsoi.

2 Édouard Cuq, Les institutions juridiques des romains, Paris, 1902, *apud* Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro - 2º volume, Teoria Geral das Obrigações, 1991, Editora Saraiva, p. 250.

apud Pontes de Miranda, obra já referida, pág. 306 e 307.

3 Pontes de Miranda, obra já citada, pág. 331.

4 Diniz, Maria Helena, obra já citada pág. 252.

5 Pontes de Miranda, obra já citada, pág. 326.

6 Pontes de Miranda, obra já citada, pág. 327.

7 *apud* Código Civil de La República Argentina, Editor P. de Zavala - Buenos Aires, pág. 197.

8 O texto utilizado é o da tradução feita por Souza Niz, Distribuidora Record, Rio de Janeiro, 1960.

Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, huldrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage-Verlag, C.H. Beck, pág. 1228.

O texto usado é o da Tradução de Alfred J. Schmid, Antônio Machado, Eduardo Frederico de A. Carvalho, Ferd. W. Rothmann, Henry Tilbery e Ruy Barbosa Nogueira, publicada em co-edição do Instituto Brasileiro de Direito Tributário e pela Cia. Editora Forense, 1976.

9 A possibilidade de compensar créditos vencidos institui-se em novidade no direito brasileiro, eis que Código Civil apenas, admite a compensação de créditos vencidos. Ela existia, entretanto, no direito medieval.

10 Ricardo Mariz de Oliveira e João Francisco Bianco, "Imposto de Renda Lei nº 8.383/91", Malheiros, São Paulo, 1992, pág. 90.

11 Hugo de Brito Machado, "Curso de Direito Tributário", 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 1994, pág. 142.

12 Vittorio Cassone, L.T.R. - Suplemento Tributário 1/93.

13 Obra já citada, pág. 91.

14 Obra já citada, pág. 143.

15 Publicação já citada.

16 Ricardo Moniz de Oliveira e João Francisco Bianco, obra já citada, pág. 88.

Bibliografia

1. Abgabenordnung, Klein Orlopp, Verlag C.H. Beck München, 1989.

2. Alencar, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 10. ed., Rio: Forense, 1981.

3. Boletins IOB nº 32 e nº 33 - *Imposto de Renda e Legislação Societária*.

4. Botallo, Eduardo. *Compensação de Créditos*. Debates no VII Congresso Brasileiro de Direito Tributário in Revista de Direito Tributário nº 63.

5. Carvalho, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

6. Cassone, Vittorio. *Compensação de Tributos Federais*, em Suplemento Tributário, LTR nº 41/93.

7. Código Civil de La República Argentina, Ed. Víctor P. de Zavala, Buenos Aires, pág. 197.

8. Costa, Alcides Jorge. *Compensação de Créditos*, Debates no VII Congresso brasileiro de Direito Tributário, in Revista de Direito Tributário nº 61.

9. Jardim, Eduardo Marcial Ferreira. *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1982.

10. Machado, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

11. Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo 24, 2. ed., Rio: Borsoi, 1959.

12. Monteiro, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 4º vol., 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1979.

13. Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, pág. 1228.

14. Nogueira, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

15. Oliveira, Ricardo Mariz et BIANCO, João Francisco. *Imposto de Renda Lei 8.383/91*, São Paulo: Malheiros, 1992.

16. Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*, vol. 2, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1981.

17. Sartin, Agostinho. *Estudos*, in Revista de Direito Tributário nº 49.

18. Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional, Ministro da Fazenda, Rio de Janeiro, 1954.

19. Torres, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, Rio: Renovar, 1993.

20. Villegas, Héctor B. *Curso de Direito Tributário*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.

Porto Alegre, março de 1995

Notas

N.B. 1 - Este trabalho foi elaborado antes do advento da Lei nº 9.250 de 26/12/1995, cujo artigo 39 incide sobre a matéria com finalidade claramente restritiva.

2 - Merece destaque, quanto à atualização da matéria, o trabalho "Compensação de Valores Pagos a Maior ou Indevidamente", publicado pela IOB - Imposto de Renda e Legislação Societária, Ano XXX, 4ª Semana de Maio de 1996, Nr. 21, páginas 259 a 252.

La descodificación y fractura del Derecho Civil

Publicado en La Ley año LVIII n° 153 de 11 de agosto de 1994.
Buenos Aires, República Argentina.

Ricardo Luis Lorenzetti

SUMARIO:

I. Introducción; II. El surgimiento de los microsistemas; III. Crisis de la noción jurídica de pueblo y de ciudadano; IV. El jurista del microsistema; V. El desprestigio de la ley; VI. La crisis de la parte general del Derecho Civil; VII. La crisis cultural del Derecho Civil; VIII. Competencia legislativa en mercados integrados. - IX. La fractura del Derecho Civil.

I. Introducción

1. Recopilaciones de leyes y codificación: cuál es la situación actual?

Antes de los Códigos había recopilaciones. Estas pretendían reproducir el derecho existente, sin modificarlo: sólo continuarlo, mejorarlo, en un *continuum* histórico. Las obras legislativas totalizadoras eran recopilaciones, como las de Indias; o una selección de textos escogidos, como los Digestos; o un espejo de lo existente, como el *Swabspiegel*.

En cambio, el Código no es continuidad; es una ruptura. Pretende crear una nueva regulación, sustitutiva; no recopila, sino que ordena basándose en la racionalidad¹. Tiene un carácter constituyente del derecho privado.

La recopilación generaba inseguridad porque no se sabía si tal o cual disposición estaba vigente. El Código es seguridad, se traduce en una secuencia ordenada de artículos. La inmutabilidad es una de las características esenciales; no se puede alterar una parte sin cambiar el todo.

La legislación anterior era incognoscible por el ciudadano. El Código, se diseñó como una suerte de manual de derecho porque, como decía Andrés Bello, "podrá andar entonces en manos de todos, podrá ser consultado por cada ciudadano en los casos dudosos y servirle de guía en el desempeño de sus obligaciones"².

En la recopilación no había axiomas fundantes; los principios debían rastrearse en la maraña legislativa. En cambio, en el Código, el modelo es deductivo³. El Código genera una ciencia demostrativa, cuyo propósito es hacer evidentes los axiomas; en la descodificación en cambio, había que indagar los hechos jurídicos para encontrar los principios.

En la recopilación, el intérprete tenía una enorme tarea y era gran protagonista. El Código, en cambio, recorta el espacio de la interpretación jurídica, la cual se limita exclusivamente a la ley y deviene en exégesis.

El Derecho Civil codificado, es autosuficiente, no necesita de otros textos para solucionar las disputas. Al tener una parte general ordenada, exporta instituciones y técnicas. Así sucede por ejemplo, con el negocio jurídico que se pretende aplicable al derecho de familia, al administrativo, al laboral⁴.

En cambio, la recopilación es insular, está alejada de los continentes. Al contrario del Código, importa conocimientos y situaciones de otros territorios, también insulares. Su carácter casi portuario le permite recibir contactos con la economía, la medicina, el arte de la guerra, la tecnología, incorporando sus intereses, reglas y lenguajes.

Señaladas estas breves diferencias, cabe preguntarnos: ¿Cuál es la situación actual?

Todos diríamos que tenemos un Código vil, y por tanto un derecho codificado. Pero también podríamos asumir aquella afirmación principios del siglo XIX, que hiciera el Conde Carrabús: he recorrido "con espanto uella mole inmensa e incoherente de ocracia, republicanismo, despotismo militar, arquía feudal, de errores antiguos y travagancias modernas, aquella mole de inta y seis mil leyes con sus formidables mentadores"⁵.

Ya superamos las treinta y seis mil leyes; el ciudadano las desconoce; el Código pierde arcabilidad, la legislación especial es rogatoria de los principios generales codificados. Es difícil establecer un orden, y más aún mantener principios axiomáticos.

La tarea del intérprete se ha vuelto decisiva; prueba de ello es el rol protagónico que se reconoce al juez, y la labor creativa de la jurisprudencia y doctrina. El lenguaje jurídico ha contaminado de genética, economía, oral, tecnología, computación, y ese poco exporta al resto de la sociedad.

Asistimos a una era de descodificación? Examinaremos este problema con un criterio amplio, no reducido a la dogmática o a los conflictos intralegislativos⁶, para presentar el fenómeno en su globalidad. No sólo hay una descodificación legislativa, sino un problema explosión con una enorme fuerza centrípeta, integradora, en el plano de la ley, de otras partes, de la doctrina, y del derecho privado general.

Nos parece necesario este enfoque amplio para luego, en una segunda parte, advertir el fenómeno contrario y arribar a nuestra tesis: asiste a una progresiva recodificación constitucional del derecho privado.

2. El big bang legislativo

El Código fue un reflejo de la creación del Estado nacional; su pretensión era ordenar las conductas jurídico-privadas de los ciudadanos, en forma igualitaria; una sola norma aplicable

para todos los ciudadanos por igual, sean ciudadanos o extranjeros (art. 1, Cód. Civil Argentino).

El Código significó una garantía de separación entre la sociedad civil y el Estado. Con anterioridad, si una cuestión no podía resolverse por las leyes civiles, se remitía al soberano; ahora en cambio se resuelve mediante leyes análogas o principios generales del derecho (art. 16 y nota, Cód. Civil Argentino).

Finalmente, el Código es un orden racional que se propone regular en todos los tiempos y latitudes.

El Derecho Civil actual no se basa en una sola ley codificada; por el contrario hay muchas leyes para distintos sectores de actividades y ciudadanos.

La igualdad legislativa es un sueño olvidado, en la medida en que las normas jurídicas son particularizadas y con efectos distributivos precisos.

La idea de ordenar la sociedad ha perimido al ritmo del decaimiento de las visiones totalizadoras; el derecho civil se presenta como una estructura defensiva del ciudadano y de colectividades antes que como el "orden" social.

El Código comparte su vida con otros Códigos, con microsistemas jurídicos, y con subsistemas. El Código ha perdido centralidad, la que desplaza progresivamente⁷. El Código es sustituido por la constitucionalización del Derecho civil, y el orden codificado por el sistema de derecho civil, que abarca tanto a la norma codificada como a otras.

La explosión del Código produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario. Se han creado microsistemas jurídicos, que al igual que los planetas giran con su propia autonomía, su vida es singular; el Código es como el sol, los ilumina, colabora en su vida, pero ya no puede incidir directamente sobre ellos.

También se puede usar la famosa descripción que empleara Wittgenstein⁸, aplica-

da al Derecho, puesto que el Código es el viejo centro de la ciudad, a la que se le han añadido nuevos suburbios, con sus propios centros, y características barriales. Poco es lo que se visitan unos y otros; al centro se va de vez en cuando a contemplar las reliquias históricas.

II. El surgimiento de los microsistemas

Se ha producido una inversión de la ley de Maine, quien señalaba que la tendencia de la civilización es evolucionar desde el estatus al contrato; ahora se evoluciona del contrato al derecho estatutario.

Veremos seguidamente algunos fenómenos.

1. El microsistema de la empresa

Sin demasiado asombro hemos asistido a la desintegración del Código de Comercio decimonómico; basta mencionar las leyes: quiebras (ley 19.551 -Adla, XLIV-D, 3806-), sociedades (19.550 -Adla, XLIV-B, 1310-), navegación (20.094 -Adla, XXXIII-A, 170-), patentes (111 -Adla, 1852-1880, 432-), cooperativas (20.337 -Adla, XXXIII-b, 1506-), transferencia de tecnología (22.426 -Adla, XLI-A, 210-), inversiones extranjeras (21.382 -Adla, XXXVI-C, 2071-), competencia (22.262 -Adla, XL-C, 2521-), abastecimiento (20.680 -Adla, XXXIV-C, 2006), lealtad comercial (22.802 -XLIII-B, 1346-), títulos valores (decs. 5965 y 4776), contrato de seguro (17.418 -Adla, XXXVII-B, 1677-), empresas de seguros (20.091 -Adla, XXXIII, 150-), actividades financieras (21.526 -Adla, XXXVII-A, 121-), bolsas (ley 17.811 -Adla, XXVIII-B, 1979- y modif.), martilleros (20.266 -Adla, XXXIII-B, 1384-), productores y asesores de seguros (22.400 -Adla, XLI-A, 161-), compraventa internacional (Convención de Viena de 1980), instrumentos de medición (Ley 19.551 -Adla, XXXIII-A, 1725-); Casas de cambio (Ley 18.924 -Adla, XXXI-A, 92-); transferencia de fondos de comercio (11.867 -Adla, 1920-1940, 524-), y otras muchas.

La materia más importante está regulada por leyes especiales, que no son aplicaciones particularizadas de la norma general que se encuentra en el Código de Comercio, sino verdaderos estatutos especiales.

Por otra parte, quien es especialista en "derecho bancario", seguramente se abstendrá de opinar sobre derecho de la navegación o aduanero o impositivo. Cada especialidad va adquiriendo su propia dificultad, y es difícil hablar de un derecho comercial totalizador.

Además tiene sus propias fuentes de creación normativa. La costumbre internacional es determinante a la hora de la redacción de los tratados⁹, y a través de ellos penetra en los derechos internos provocando fricciones "culturales"¹⁰. También la costumbre se impone a través de la propia actividad transnacional: un ejemplo de ello es cómo la actividad reaseguradora internacional, impone cláusulas a las aseguradoras nacionales y éstas a los consumidores internos.

También en el Derecho procesal se gana en autonomía. Las controversias interempresarias se resuelven cada vez menos en la justicia ordinaria, y cada vez más mediante soluciones alternativas. Tales son el arbitraje o los contratos "inmunizados", o las garantías a primera demanda o autoliquidables¹¹.

El Derecho Comercial tiene sus propios principios, sus doctrinarios y congresos.

El Derecho Comercial sufre además de un defecto de origen. Fue pensado como un subsidio a la clase comerciante mediante normas flexibilizadoras y prescindiendo de toda consideración de la otra parte: el consumidor.

El movimiento consumerista, desde los años 70, viene modificando la legislación comercial mediante la introducción de instituciones de todo tipo que afectan las disposiciones tradicionales. Así, la venta al público, por correo, a domicilio, la prestación de servicios, se ven modificados sustancialmente.

Estamos en presencia de un verdadero microsistema de la empresa, que exhibe sus incipios, normas, fuentes de creación, doctrina, jurisprudencia, particularizadas.

2. Microsistema de protección del consumidor

El Derecho Civil codificado regula los contratos subsidiariamente, respetando la autonomía privada, ayudándola mediante el derecho supletorio y recortándola a través del orden público imperativo. Las nulidades son presas y conducen a la frustración del negocio.

El derecho de protección de los consumidores ha cambiado todo esto. *Ab initio* instala un orden protectorio que deroga el principio general de la igualdad de los ciudadanos. El derecho supletorio se torna imperativo, surgen "nulidades virtuales", y pretenden el antenimiento del propósito práctico perseguido por los contratantes. Los sistemas de óculos abiertos para la calificación de cláusulas contractuales abusivas, el "listado de cláusulas negras y grises", el control administrativo previo, el desechamiento de algunas cláusulas manteniendo el negocio y rediseñándolo, son poco frecuentes en el derecho común.

El Derecho Civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El derecho de consumo lo destruyó, al sugerir la imputación por daños al fabricante, al distribuidor, al mayorista, al titular de la marca, que han celebrado contrato alguno con el consumidor, como ocurre en la ley brasileña 8078/1. Asimismo, se conceden acciones al consumidor, al usuario, a miembros del grupo familiar, a las asociaciones de consumidores, que poco han tenido vínculos convencionales previos.

La responsabilidad precontractual por abandono intpestivo de las tratativas previas tiene por objeto evitar el retiro incausado, bitrario, dañoso. Esta concepción del derecho civil es modificada en el derecho de consumo, facilitarse el retiro rápido, intpestivo del

consumidor en las ventas a domicilio como sucede en la ley argentina 24.240 (Adla, LIII-D, 4125).

Como se ve con estos breves ejemplos, el derecho del consumo diseña sus propios principios, diferentes de los que sirven de arquitectura al derecho común.

En Brasil, se ha considerado a nivel constitucional que el derecho del consumo debe tener su "Código", dictándose la ley 8078 que es un Código de defensa del consumidor, lo que permite "coherencia, homogeneidad a una determinada rama del derecho, posibilitando su autonomía"¹².

Asimismo puede tener su derecho penal a través de la tipificación de delitos de consumo¹³.

Es habitual que tenga normas procesales particularizadas, que protegen derechos individuales homogéneos, o difusos, y sus propios tribunales, de menor cuantía o arbitrales¹⁴.

El derecho de protección de los consumidores tiene sus propios congresos y doctrinarios, altamente especializados en el tema, que se reúnen entre sí desarrollando actividades específicas.

Asimismo, asistimos a una descodificación interna. Hoy se percibe que se parcializa el enfoque en áreas, tales como alimentos, fármacos, vivienda, crédito, etc. Cada una de ellas está regulada por una enorme cantidad de resoluciones¹⁵, acuerdos, reglamentos, directivas, "instructivos", disposiciones del *Ombudsman*, de las convenciones colectivas de consumo, de los organismos de contralor. Incluso se advierten hoy enfoques doctrinarios especializados¹⁶.

Estamos en presencia de un verdadero microsistema de protección del consumidor, que exhibe sus principios, normas, fuentes de creación, doctrina, jurisprudencia, particularizadas.

3. Daños: crisis de la unicidad de lo ilícito

El derecho de daños ha crecido fuera del Código, fundándose en la producción

jurisprudencial y las leyes especiales. Los escasos artículos que dedica el Código Civil a la responsabilidad civil no explican la explosión de litigios, de obras doctrinarias, de congresos sobre el tema.

Esto ha producido una crisis de la unidad del fenómeno resarcitorio.

Hay coincidencia doctrinaria en que la ilicitud es un fenómeno que responde a una unidad sistemática. En virtud de ello la antijuridicidad, imputabilidad, nexo causal y daño son presupuestos aplicables a los casos que surgen en el ámbito contractual, aquiliano, público o privado. Esta unicidad se refiere a la independencia de la causa fuente del crédito: cualquiera sea la causa se aplican los mismos principios.

Sin embargo, los valores inherentes son distintos y cada vez más parcelados. Si bien todos responden a los principios de la responsabilidad aquiliana, no es lo mismo un accidente de tránsito que la responsabilidad precontractual; no es equivalente el daño ecológico que la transmisión de enfermedades de padre a hijo.

Por esta razón, surge el derecho estatutario en la responsabilidad civil: Los accidentes de trabajo (ley 24.028 -Adla, LI-D, 3914), los de minería (Cód. de Minería - Adla, 1881 - 1888, 230-), Código Aeronáutico (17.285 - Adla, XXVII-A, 326-), daños nucleares (Convención de Viena, ley 17.048 -Adla, XXVI-C, 1625-), actos discriminatorios (ley 23.592 -Adla, XLVIII-D, 4179-), accidentes de tránsito (dec. 692/92 -Adla, LII-B, 1725-), los deportivos (ley 24.192 -Adla, LIII-B, 1340-), resarcimiento a los detenidos durante el proceso militar (24.043 -Adla, LII-A, 30-). Pero además, por la vía jurisprudencial se crean normas específicas aplicables a diferentes tipos de responsabilidad.

Por otra parte, cada subsistema tiene su economía interna, y es por ello que hay pluralidad de sistemas compensatorios. No es posible pensar que el tipo de resarcimiento que se prevé para el hecho del dependiente de la gran empresa sea aplicable al hecho de la

dependiente doméstica de una maestra que sale a trabajar.

Percibimos una crisis de la "teoría general de la responsabilidad civil", la que para mantener la vigencia de principios conceptuales largamente elaborados, los va dotando de una abstracción cada vez mayor para comprender supuestos heterodoxos. De este modo pierden su utilidad normativa.

Creemos necesario emprender una tarea de "reconstrucción" teórica de la responsabilidad por daños¹⁷. Esta debe partir imprescindiblemente de los casos, de las responsabilidades especiales, para constatar cuánta heterogeneidad hay en ellas¹⁸. Hecha esta tarea, hay que construir a partir de esos datos los nuevos principios generales¹⁹ en una nueva "teoría general" capaz de comprender los diversos subsistemas.

4. Los problemas decodificantes: el derecho ambiental

Hay problemas que tienen fuerza decodificadora propia. Uno de ellos es el relativo al medio ambiente y sobre todo a los daños resarcibles.

La dificultad de identificación del responsable de la contaminación, como la presencia de casos de autores múltiples (ej.: contaminación a través de residuos cloacales o de automotores), oscurece a la legitimación pasiva. El régimen de causalidad es hartamente complejo, no sólo por lo dicho, sino por las repercusiones mediatas de los problemas ambientales. La antijuridicidad se termina aplicando a la actividad empresarial de modo que ésta debe probar que es lícita, en términos de no contaminación, antes de instalarse, todo lo cual se contrapone con la libertad de comercio. El resarcimiento a través de sumas indemnizadoras aparece cuestionado de eficacia preventiva y de destinatarios individualizados.

Se trata de problemas que demandan instituciones y herramientas propias. Confluyen en ellos lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo y lo procesal,

plandose en un cóctel innovador y herético.

Creación de un derecho "ad hoc": producción autónoma de reglas determinativas

Otro dato de interés es la denominada "fuga de derecho". En el ámbito internacional se ve a los "contratos inmunizados", que por mecanismos que neutralizan la vía judicial; frente al incumplimiento se ponen en juego garantías y no acciones judiciales. Las demandas a primer demanda y los arbitrajes son estrategias claras de ello.

Por otra parte, cabe observar cómo la empresa ha prescindido del derecho sucesorio, tal como lo previó el legislador decimonónico para la familia. El testamento y la sucesión intestada desplazadas por la cesión de cuotas societarias, la constitución de fundaciones, las cuentas de ahorro, etc., que escapan al sistema legal.

La creación de redes contractuales y de mecanismos de sanciones, condicionan y hastiaban la acción judicial, también son un claro signo de este fenómeno.

El sistema codificado funcionó con reglas determinativas, de modo que los actores legales sólo pueden hacer lo que surja de cumplir tales reglas. Se trata como el juego de ajedrez, que debe jugarse con tales reglas; si se juega con otras reglas no será ajedrez.²⁰

En los fenómenos predescriptos, no se tratan meras combinaciones originales de las reglas de derecho, sino de una "privatización" de la regla jurídica que secciona las partes que afectan inconvenientes.

Basta observar cómo se deja de lado el derecho sucesorio o el de familia en la actividad empresarial; cómo se desplazan las normas sobre contratos típicos: o cómo se cierra la vía del "debido proceso", para tener una idea clara del propósito.

Mediante estos mecanismos, las reglas determinativas, son diseñadas por las partes o una de ellas.

III. Crisis de la noción jurídica de pueblo y de ciudadano

1. Crisis del Código como disciplina de los ciudadanos

El Código Civil napoleónico es la "carta jurídica del ciudadano indiferenciado"²¹. El "Pueblo" tiene una unidad normativa referenciada por la Constitución (Preámbulo) y el Código (art. 1, Cód. Civil argentino). La noción de ciudadano, de raigambre francesa, surge para suprimir desigualdades provenientes del distinguo entre la realeza y las clases inferiores. Esta noción abstracta sirvió para regular las relaciones privadas con una vara igualitaria.

El Código no cumple ya esa función.

El ciudadano en cuanto comprador, es regulado por las leyes de consumo que difieren del Código. Si trabaja, por las leyes laborales; si comercia, por las comerciales. Si se vincula con el Estado, por el derecho administrativo.

El ciudadano es regulado en virtud de aspectos parciales: como comprador, como contribuyente, como comerciante, como usuario, como trabajador, etc., y en cada una de esas actividades enfrenta leyes especiales.

De ello se sigue que el consumo de normas especiales es mucho mayor que el de las generales. Si una empresa tiene que celebrar un contrato, recurrirá poco a la teoría general del contrato del Código Civil, y mucho más a las normas sobre impuestos, responsabilidad civil, seguros, quiebra, etcétera.

Ello lleva a una crisis del concepto global y abstracto de "ciudadano" y de "Pueblo". Se nos hace difícil saber qué piensa la mayoría y cuáles son los intereses del ciudadano y del pueblo.

2. Una ley para cada uno

La crisis de las visiones totalizadoras ha hecho explotar todo texto unificador. Los intereses son individuales o sectoriales, perfectamente diferenciados unos de otros.

En el plano individual, el legislador se ve en problemas. Si se tuviera que tomar una decisión legislativa sobre temas sensibles, habría

que hacer una ley para cada uno de esos individuos. Esto es lo que sucede por ejemplo con el denominado "derecho a rehusar tratamietos"; habría que hacer una ley para los testigos de Jehová y tantas otras como ideas distintas hay. De igual modo ocurre con el aborto, con la regulación de la familia, y muchos otros²².

En el plano sectorial sucede algo similar. El problema de las denominadas "leyes promocionales", que subsidian alguna actividad específica, ha producido una fragmentación de derechos y privilegios que a su vez provoca nuevas presiones sectoriales para lograr equiparación con lo obtenido por otro o superarlo. Esta lógica rompe el compromiso igualitario²³.

3. Conflictos irresolubles entre intereses igualitarios

La existencia de intereses hiperespecializados y horizontales plantea conflictos en los que ambas partes tienen razón.

El derecho a informar que tiene el periodismo frente a la privacidad de Maradona, planteó un debate nacional en el que se vieron claramente argumentos de igual valía para ambas partes, sin que quede muy claro cuál es el "punto medio".

El desalojo de ocupantes ilegales que tienen el "derecho a una vivienda digna", vs. el "derecho de propiedad" de los titulares del dominio, ha manifestado el mismo tipo de aporías.

Los debates televisivos pueden ser ricos en argumentos contrapuestos, pero no arriba a una verdad. En el proceso judicial, donde se exponen argumentos contrapuestos, tampoco se arriba una verdad.

El proceso judicial deja de ser la averiguación de "la verdad", para transformarse en una "transacción".

4. La feudalización del derecho

Es interesante observar el comportamiento de un individuo mínimamente autosuficiente

frente al Estado, los hiposuficientes siempre van a depender él.

Cuando existía el "Estado del bienestar", se función era redistribuir la riqueza. Todos los actores sociales querían estar vinculados al Estado porque de un modo u otro obtenían algún beneficio. El comportamiento racional era vincularse al Estado.

La función del Estado en el modelo actual es repartir costos, adjudicar cargas. Buen ejemplo de ello, en el marco del derecho privado, es la responsabilidad civil, cuyo crecimiento se debe a una retirada del Estado en estos campos.

En este contexto, el comportamiento racional de los individuos autosuficientes es no vincularse al Estado. Las clases altas y medias viven en *country*s privados donde el municipio tiene poco que hacer. La policía es sustituida por la guardia contratada: la escuela pública por la privada; el sistema de salud, por la medicina prepaga; el crédito estatal, por el crédito privado. Últimamente asistimos a la peor deformación: la justicia estatal es sustituida por la justicia privada.

Este individuo no necesita del Estado, le molesta, pretende que se lo suprima, porque él está satisfecho sin necesidad de la acción pública²⁴. El Estado lo molesta, le cobra impuestos, la ley le impone cargas, responsabilidades; hay que reducirla al mínimo.

No necesita del Estado porque tiene su propio feudo, y por ello se dice que asistimos a una nueva edad media²⁵.

El Código surge con el Estado, y éste con la nacionalidad. Este esquema fue justamente sustitutivo del feudo, e incompatible con él.

De ahí que estos fenómenos de feudalización sean descodificantes.

5. Cómo legislar lo diferente?

El Código significó una abstracción: la idea de "ciudadano" eliminaba las singularidades para tratar un concepto único al que se aplican las consecuencias jurídicas.

Frente a la heterogeneidad y a la diferencia, no tenemos conceptos similares, o abarcadores²⁶.

La solución provisoria, que se va imitando, es dejar a cada uno la decisión individual. Se admite progresivamente que el viduo pueda decidir la subsistencia de su rimonio, de su embarazo, de su vida, de la logia genética de sus hijos, de su religión.

IV. El jurista del microsistema

La familia se reduce, porque las personas en otras vinculaciones; los hermanos se ven con sus amigos que entre sí, los cónyuges en más con sus compañeros de trabajo que e sí. La familia civilista también se disgrega multiplicarse el sistema de pertenencia.

Es frecuente escuchar a un civilista que le sobre el daño genético, explayarse liamente sobre temas médico - genéticos; ro que trate temas empresarios, explicar oducirse a través aspectos económicos; a n trate contratos informáticos, comenzar un desarrollo técnico-informático.

Este civilista ha tenido un contacto con otra ica, tal vez no muy fluido, y queda ntrado de la cantidad de cosas nuevas que endió y que podría aplicar al derecho pri-o. El segundo paso es transformarse en un eialista", y a reivindicarse como tal. El er paso será promover el tema, organizar gresos, postular sus ideas para que tegan pción legislativa.

Los congresos han dejado de ser un espacio lebate de ideas contrapuestas; los que opinan into hacen otro congreso. De este modo, usca la homogeneidad antes que el disenso, n de sugerir conclusiones e impacto en la unis opinio.

Los libros cumplen cada vez más una ción de "difusión" y con este propósito se eran textos, los discípulos escriben lo mo que los maestros. El fin es imponer la a.

La idea contraria y la dupla pertuban. stimos al *requiem* de la investigación básino se discute ni se argumenta, salvo en tadísimos cenáculos académicos.

El jurista se convierte en militante del microsistema. El Derecho civil, y los civilistas, tienden a perder imparcialidad, se transforman en militantes de verdades parciales. Lo mismo le ocurre al juez cuando tiene que resolver problemas ambientales o de consumo: él también es consumidor y está perjudicado como ser viviente.

La verdad que se expresa es subjetiva, particularizada. Se ha dicho que la izquierda "posmoderna" representa a las minorías; el derecho civil también, y con ello expresa sus límites, su carácter defensivo.

El doctrinario del Derecho vuelve, poco a poco, a ser un "exégeta", un traductor de la ley especializada.

Ello conduce a la pérdida de globalidad, de la pretensión de regular la sociedad en su conjunto, que era finalidad característica de los Códigos.

V. El desprestigio de la ley

1. La creación snob

El Código es una ley "Sacra"²⁷. La proliferación de leyes es una desacralización, ya que, al abundar, las normas adquieren un carácter instrumental que las devalúan. Hay una dinámica de la creación continua de leyes e instituciones y un subsiguiente deslizamiento jerárquico²⁸.

Todos pensamos con una supina ingenuidad, que frente a un problema, hay que sancionar una ley. Esto no ha hecho más que depreciar el poder normativo. Muchas leyes son totalmente ignoradas por los ciudadanos (tenemos como ejemplo la ley de tránsito, o la del consumidor).

Algunas leyes se contradicen con otras. Tal es el caso de la contradicción entre la responsabilidad del fabricante por productos elaborados y la que existe en la ley de residuos peligrosos²⁹.

Leyes cuya vigencia se ignora, otras que pierden eficacia, otras que se desconocen, otras modificadas por decretos, y todas ellas creando un sistema difícil de interpretar.

La interpretación readquiere su función fundante.

2. La contractualización de la ley

Se ha dicho que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes: ahora se afirma que la ley tiene la fuerza de contrato entre las partes.

En la creación legislativa no hay un acto de soberanía estatal, sino el acuerdo previo de los grandes grupos organizados; se trata de una suerte de contrato, de acuerdo entre pocos que imponen la ley que conviene a sus intereses. En otros casos, la eficacia de la ley depende exclusivamente del consenso social que alcanza³⁰.

Las leyes de protección del consumidor, patentes, aborto, accidentes, son habitualmente productos de una transacción.

Va deteriorándose todo principio o autoridad legislativa superior cuyos mandatos están obligados a obedecer las personas por su propia naturaleza e independientemente de su aprobación.

3. El problema de los destinatarios y los "tecnolenguajes"

Es conocida aquella sugerencia kelseniana relativa a que las normas jurídicas tienen como destinatario inmediato a quienes son los encargados de aplicarlas. En su momento mereció la crítica bobbiana relativa argumentado que se hace muy difícil pensar que un reglamento sobre la circulación por carretera esté hecho para los guardias de tráfico, incluso para los jueces y no para los automovilistas.

Este problema se ha acentuado.

La ley especial suele incorporar un lenguaje propio del sector que regula, técnico, un "tecnolenguaje"³¹, que sólo entienden individuos entrenados en ese nuevo "lunfardo" legislativo.

La norma se hace inalcanzable para el ciudadano.

4. Efectos derogatorios de la ley especial

El pensamiento codificado se basa en el silogismo: El Código es una ley general; la ley especial y la sentencia son una especificación para casos concretos. La relación entre la ley general y la especial se basa en que ambos comparten un mismo supuesto de hecho, más recortado en el segundo. El género y la especie es el modelo hermenéutico.

Como ya vimos, la ley especial puede contener principios que no son aplicación, sino derogación de la general. Algo similar sucede con el derecho jurisprudencial, en el que el juez suele "crear" derecho. Por otra parte, las leyes especiales agotan *per se* el supuesto de hecho, al que no se refiere habitualmente la *lex generalis*.

Las leyes promocionales como hemos visto *ut supra*, contienen disposiciones que son excepciones para un grupo de ciudadanos. Si se aprecia de un modo general, toda norma tiene efectos distributivos específicos: tal ocurre por ejemplo con la responsabilidad limitada en materia societaria, que constituye un subsidio al riesgo empresarial.

De modo similar opera el derecho "protectorio", que consagra también normas de excepción.

También hay una mutación que desarticula el esquema kelseniano acerca de la norma hipotética y la noción de sanción. Muchas leyes exceden el esquema hipotético y no prevén consecuencias sino finalidades.

La regulación basada en supuestos de hechos generalizables, es parcialmente sustituida por normas que atienden a objetivos generales.

5. El Código como norma residual

El hecho de contarse con un Código, dio pie para que los juristas asignaran a esos sistemas y a las normas que los constituyen una

de propiedades formales que no siempre en: precisión, univocidad, coherencia, pletitud, etcétera³².

El Código es una norma autosuficiente, usiva, como lo señala el art. 22 del Cód. l, que establece que lo que no está dicho l no puede tener fuerza de ley en derecho l. No es sólo una norma de derecho sitorio, sino que sugiere el principio³³. Las s especiales son concebidas como ongaciones del Código.

Esta idea es la que ha cambiado conforme eninos exponiendo.

La palabra "código" comienza a escribirse minúsculas, y se la considera una ley más, eptible de sufrir tantas modificaciones io las demás.

La autosuficiencia se traslada a la legislación cial. Se ha señalado que la ley especial se isforma en el derecho general de una itución, y el derecho general es una disci-a residual de casos no contemplados en las s especiales³⁴.

VI. La crisis de la parte general del Derecho Civil

1. De la exportación de institutos a la crisis

La existencia de un Código permitió el ño de principios generales e instituciones se aplican a las relaciones privadas en gel. Su campo de actuación no sólo se ha ndido a las leyes análogas, sino a otras leyes cluso fuera del derecho privado.

Se ha señalado que la parte general y el derecho as obligaciones del derecho civil constituyen quitectura del derecho privado.

De este modo, a través de la parte general, erecho civil exportó instituciones y técni- Así ha sucedido con la persona, el negocio dico, el contrato, la propiedad, la culpa. Este proceso de exportación ha disminuido a: casi detenerse.

Advertimos más frecuentemente el ómeno contrario. Mostraremos algunos nplos.

A. La noción de persona: ha recibido el impacto de la genética, que ha puesto en crisis lo referente a la concepción intra y extrauterina; a su vez ha creado el problema del *status* jurídico del embrión y de los genes³⁵. También la ciencia médica ha hecho temblar la idea de la muerte, con la posibilidad de mantenimiento de la vida vegetativa y el conflicto con la libertad de rechazar esos tratamientos.

Las proposiciones de la genética o de la medicina, se introducen subrepticamente modificando las ideas o planteando nuevos problemas.

B. Los derechos personalísimos: que constituyen, tal vez, el aspecto más innovador de la parte general, no es una creación propia. Surge en los tratados y en las constituciones y de allí penetra en los códigos, condicionándolos y transformándolos³⁶.

C. La persona jurídica: está en crisis³⁷. La idea tradicional de constituirse en una valla que limite el riesgo empresarial ha sido trastocada por las normas impositivas, la responsabilidad societaria, la responsabilidad por el manejo de información, las normas laborales, las reglas sobre el derecho internacional privado en materia de nacionalidad. Desde ámbitos exógenos se ha condicionado este instituto de la parte general.

D. El negocio jurídico: está cuestionado. Se pregunta Galgagno³⁸; "por qué está eclipsándose la categoría ordenante del negocio jurídico? Porque actualmente el problema no reside en construir una esfera de autonomía, contrapuesta a la soberanía del Estado...". La idea de contrato se mantiene en el derecho político como consenso originario, pero no en el sentido en que se concibió en el derecho civil: como límite a la soberanía estatal.

Ello es así porque el problema ha cambiado de coordenadas: es la "alianza planteraria entre técnica y empresa" y la "intimidad privada".

El agua divisoria en materia de protección la está suministrando el derecho del consumo.

E. El contrato típico: también revela poca capacidad de seducción.

Los modelos contractuales que surgen de la tipicidad están también en un punto crítico. Su uso ha disminuido considerablemente y han proliferado los contratos atípicos. En el campo de los contratos discrecionales predominan los atípicos; en el resto los contratos de consumo. De este modo, el modelo típico que propone el legislador es poco seguido por las partes.

La mayoría de las legislaciones en materia contractual, son respuestas a la actividad empresaria, antes que un modelo jurídico que es adoptado por la actividad económica. Así se propone legislar sobre franquicia comercial, sobre contratos de distribución, sobre *leasing*, porque ya existen en la realidad económica con perfiles bastante nítidos.

F. La noción de derecho subjetivo: tal como se la entendió en el siglo XIX, también está mudándose. El surgimiento de grandes grupos de damnificados ha dado lugar a los intereses individuales homogéneos; la aparición de bienes colectivos ha provocado el reconocimiento de intereses difusos.

Todas estas categorías son incorporadas desde fuera de la parte general, y frecuentemente, a través de leyes especiales.

G. El patrimonio: ha sido concebido como una emanación del sujeto, como un atributo de la personalidad. Se ha utilizado la expresión "concepción dinámica del patrimonio"³⁹ para señalar la crisis de aquel concepto subjetivo.

En realidad es una tímida manera de señalar que el patrimonio no tiene nada que ver con la persona. El patrimonio fue, en el derecho romano, un instrumento para aliviar la situación del deudor: permitió superar el sometimiento personal para pasar a la ejecución patrimonial. En el siglo XIX, el Código diseñó al ciudadano, como individuo distinto del Estado y le dio atributos, entre los que se encontraba el nombre, la capacidad o el patrimonio. La función que cumple en ese contexto es preservar al ciudadano frente al Estado: por ello se dice que toda persona tiene un patrimonio y que el mismo está sometido a su voluntad.

El patrimonio actual es un instrumento de actuación económica. Surgen así los patrimonios separados, las sociedades unipersonales, patrimonios de afectación. El problema más importante no es el sujeto, sino la protección de los terceros. Para ello de poco sirve la noción de "atributo de la persona".

2. Mero intercambio o importación teórica?

Se podría argumentar que las influencias entre la parte general del derecho civil y su entorno han existido siempre y que sólo se trata de meras adaptaciones. Probablemente sea así en gran parte.

Sin embargo, hay aspectos centrales en los que no se trata de meras influencias, sino que el movimiento pretende sustituir los conceptos jurídicos tradicionales por otros.

Ejemplo claro de ello es la influencia que ejercen la "bioética" o el "análisis económico del derecho", al sugerir reglas de conducta con valor normativo que son receptadas por el derecho, ya sea expresamente, ya sea implícitamente mediante módulos abiertos.

VII. La crisis cultural del Derecho Civil

1. La crisis

Como compaginar una Constitución anglosajona y leyes europeas? Qué fenomenal disección se produciría si la Corte interpreta según el *common law* y los tribunales inferiores según el *civil law*? Estos interrogantes hipotéticos se asemejan a la realidad, y tienen un efecto desestructurante.

Nuestra doctrina jurídica ha sido sensible a la influencia francesa durante muchos años y hay un modelo solidarista, "jesuítico", "austero", que es bien diferente con la doctrina anglosajona⁴⁰.

Si nos atenemos al canon hermenéutico de la autonomía⁴¹, y reconocemos el objeto tal como es, podemos advertir que no hay homogeneidad al respecto, sino una evidente diversidad.

. La tradición anglosajona

Jeremy Bentham, a través de utilitarismo, y en la Argentina del siglo XIX como un dios; el modelo de justicia para los juristas argentinos era el inglés⁴². Su influencia fue importantísima sobre Rivadavia, con quien se bía.

Pedro Somellera, primer titular de la cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires⁴³, basa la enseñanza del Derecho en el principio de Utilidad, de Bentham. "han errado los que han creído a esta ciencia incapaz de demostración matemática, crítica la tendencia a "nadar en el inmenso océano del derecho natural", señalando que a nosotros la base de toda obligación es la "dad", y el contrato es sancionado por la virtud de la mutua utilidad que reporta partes, ya que "a la utilidad está reducido ...

Fau Anzoátegui, en su magnífica obra sobre la codificación en Argentina, observa que incluso las tesis doctorales de la época eran iniciadas por el principio utilitarista, incluso la de Ignacio Martínez, cuya tesis disertación sobre los contratos en general", 1827, era enteramente basada en el principio de utilidad.

Manuel Belgrano, nuestro ilustre abogado nacido en Salamanca, era partidario del desarrollo económico⁴⁴. Sostenedor de Ensenada, son muchísimos sus escritos económicos y utilitaristas publicados en el diario de Comercio de Buenos Aires en aquellos tiempos.

Vélez Sarsfield, autor del Código Civil, recibió estas influencias. Fue designado profesor de economía en la Universidad de Buenos Aires, por disposición de Rivadavia, y textos preferidos eran los de Stuart Mill. En aquellos tiempos la propiedad inmobiliaria era el centro de atención de la mirada económica. Vélez dice entonces, que fundamenta la creación por ley de los derechos reales a protección de la propiedad y en la necesidad de evitar su desmejoramiento (nota 2502), y que siendo la locación un sistema

que no mejora la cosa hay que limitar su plazo (nota art. 1505), o criticando el derecho de superficie y la enfiteusis por sus efectos económicos adversos (nota art. 2503), o al impugnar la sustitución fideicomisaria por un "obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza" (nota art. 3724).

También tuvo importancia la escuela histórica, que revalorizaba lo nacional y el romanticismo, pero que terminó alimentando el modelo anglosajón. Ellos consideraban lo nacional, por oposición a lo español que era foráneo y valoraban la constitución de Estados Unidos en virtud de que habían creado instituciones originales.

A mediados de siglo, en 1856, Alberdi en sus conocidas "Bases", criticaba la Constitución de 1826 porque se había basado en la imitación y no en la observación, desatendiendo las necesidades económicas de la República. Decía que el derecho constitucional de la América del Sud está en oposición con su progreso material y económico, y que el Derecho Civil debía favorecer la industria y el comercio, simplificando las formas, los requisitos y el sistema probatorio en materia inmobiliaria porque ello traería "beneficio económico".

De ahí que la carta constitucional es evidentemente anglosajona, ya que exhibe una influencia norteamericana importantísima, al punto tal que se dice que ha sido su copia⁴⁵.

La influencia norteamericana como modelo de organización política es innegable. Así lo señaló Gorostiaga, principal redactor de la Constitución⁴⁶.

Sarmiento⁴⁷ decía no sólo que era el modelo constitucional, sino que la doctrina de los autores norteamericanos podían ser alegados en juicio y adoptados como interpretación auténtica.

Colmo, en 1920 se quejaba de nuestros juristas que "persisten en los criterios romanistas y medievales de una tradición que pesa como una lápida... Pareciera que los romanos - o Pothier hubiesen dicho la palabra definitiva...". Afirmaba que "por temperamento repudio en la ciencia cuanto no sea objetividad...", y que "el buen derecho, el derecho, ha de tener en

cuenta los sentimientos colectivos, las enseñanzas de la economía, las prácticas en uso, las características locales, el ejemplo extraño, los mismos postulados de la filosofía, para que efectivamente sea derecho"⁴⁸.

En temas importantes nuestra Corte Suprema ha resuelto conforme lo señala la doctrina anglosajona, chocando con los principios jurídicos tradicionales de base francesa. Por ejemplo ha aplicado la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos en materia de libertad de prensa⁴⁹; rescisión de contratos de concesión⁵⁰, en materia de indexación⁵¹, emergencia económica⁵², y muchísimos otros. Es probable que nuevos cambios en composición de la Corte, alteren esa hegemonía, pero el dualismo permanecerá.

3. La transición europea

Ya Sarmiento hizo referencia al problema cultural, cuando refería el desdén con que en la Universidad de Córdoba se trataba a la obra de Bentham difundida en la Universidad de Buenos Aires, por Pedro Somellera⁵³.

Pero el gran cambio se produjo con la inmigración europea, que transformó al país, cuando ya teníamos Constitución y Código Civil.

Por esta razón la legislación de derecho privado es de raigambre europea. Por ejemplo, el derecho laboral, es obra de los juristas inmigrantes, tales como Deveali, Krotoschin, y la ley 20.744 sigue al derecho europeo, y las reformas, específicamente al derecho español. El derecho comercial es fundamentalmente de inspiración italiana. El derecho civil tuvo siempre una importante influencia francesa.

4. Eclecticismo y tensión

En nuestros tiempos se vive una gran tensión cultural: la corriente anglosajona vs. la continental-europea.

El planteo no es el rechazo total o la negativa a considerar argumentos ajenos.

Este problema también existió en el siglo XIX, y Vélez Sársfield lo resolvió con practicidad y eclecticismo, dignos de recordar. Se valió del Código Civil francés, de Aubry y

Rau, de Demolombe, pero también de Blackstone. Utilizó obras europeas y de Estados Unidos, pero también recurrió a los latinoamericanos Freitas y a Bello.

No hubiera subsistido sin esa mixtura.

VIII. Competencia legislativa en mercados integrados

En la medida en que el legislador imputa a la empresa alguna externalidad, ello le produce costos: los daños al medio ambiente, al consumidor, a los trabajadores, a los proveedores, a los otorgantes de créditos, a otros empresarios, pueden o no ser imputados a la empresa. Las empresas tienden a maximizar sus beneficios, por lo que irán donde les resulte más barato desarrollarse. Consecuentemente, la libre circulación provocará fuertes oscilaciones en el mercado en atención a las distintas regulaciones. Las empresas producirán donde la mano de obra o los servicios eléctricos sean más baratos y venderán donde los controles sean menores.

Donde haya mayor costo habrá menor actividad empresarial.

Por ello se postula que hay que corregir las denominadas "asimetrías", para evitar las distorsiones. Por ello es que normalmente se considera que en los tratados de mercado común, la armonización legislativa es mínima y sólo se limita a suprimir las diferencias que impidan o bien obstaculicen la libre circulación⁵⁴.

El Tratado para la Constitución de un Mercado Común del Sur propone la libre circulación interna de personas, bienes y servicios, y la protección interna y la coordinación de políticas económicas. No implica sino una integración mínima que apunta a la desregulación interna y al proteccionismo externo para poder actuar en un mundo de grandes espacios económicos⁵⁵.

Este fenómeno producirá un impacto relevante en las legislaciones nacionales, principalmente en los Códigos.

(No se trata de que serán derogados, sino de que serán ignorados en virtud de la sanción

leyes especiales que se adecuen al intercambio flexible. Habrá una tendencia muy a la baja en el proteccionismo. Los países compiten entre sí para ver quién ofrece la legislación más barata a fin de solucionar sus problemas de desarrollo y empleo.

IX. La fractura del Derecho Civil

1. El Derecho Civil, de la persona, de la empresa y del consumidor

Es habitual que el Código organice su material legislativo en función de objetos de regulación: las personas, las relaciones familiares, las obligaciones, los derechos reales, las sucesiones. También existen normas sobre prescripción de derechos.

Es habitual que el libro sobre las personas refiera a aspectos estáticos, relativos a su constitución como sujeto de derecho: nacimiento y fin de las personas, capacidad.

De esta concepción estática se pasa progresivamente a una dinámica, a un "derecho de la persona", comprensiva de la identificación, de la identidad personal, de la integridad familiar, de los derechos personalísimos.

Se trasciende a la persona como sujeto de derechos, para comprender el diseño de lo que hemos llamado una "esfera de la individualidad personal". No se trata sólo de la identidad, sino de establecer un margen de competencias propias de la persona, ante la cual debe tenerse toda injerencia y en establecer un límite para su desarrollo. Esta es la problemática que plantean el derecho a rehusar tratamientos médicos, el derecho a la privacidad, o el derecho al medio ambiente, etc.

Al derecho de la persona física se le sumó el de la persona jurídica. Ahora se le suma la regulación de los grupos, como ocurre con la fundación, el comité y la asociación en el Código Civil peruano. El grupo tiene intereses propios, y se le reconocen acciones para defenderlos.

El derecho de la persona, físicas o jurídicas, y de los grupos, asume el rol de "garantías" consagradas en defensa de los individuos, vinculando así el derecho civil con el constitucional.

El derecho patrimonial sufre una crisis en su división tradicional. La distinción decimonónica entre Derecho Civil y Comercial se diluye progresivamente, para transformarse en un derecho patrimonial unificado.

Este derecho patrimonial unificado a su vez se escinde progresivamente en varias áreas. Como hemos visto hay un microsistema de la empresa, que regula fundamentalmente la actividad económica discrecional; un derecho de protección del consumidor, que atiende a las relaciones empresa-consumidor, y un Derecho Civil, que se concentra en las relaciones entre los particulares.

El problema fundamental que se advierte es la profunda desconexión que existe entre todos estos microsistemas. Cada uno crece y se desarrolla con una gran autonomía como hemos visto.

Este fenómeno de independización se refiere al Código, ya que es evidente también que se asiste a una nueva sistematización, en la que la norma de derecho privado "ordenadora", se instala en un nivel superior, como intentaremos demostrarlo en un trabajo posterior.

Seguidamente mostraremos otra fractura que nos parece de relevancia.

2. El acceso a los bienes y la exclusión del derecho privado

El Código se pensó para todos los ciudadanos. Pero es claro que existe una gran cantidad de ellos que nos gozan de los beneficios que el derecho privado concede al individuo: por el contrario, la legislación "oficial" se aplica a un sector de la comunidad. El Código Civil brasileño, por ejemplo, es poco conocido para los sesenta millones de personas que se estima que viven por debajo del nivel de pobreza; el ciudadano pobre de Estados Unidos que vive marginado en la gran ciudad,

poco tiene que decir del *commercial code*, o de la *consumer law*.

Este es un nuevo problema que ocupa al derecho privado. El sistema económico ha ido expulsando grupos humanos importantes y la legislación no ha dado respuestas precisas para ellos.

Habrà una legislación para los que tienen trabajo y otra, distinta, para los que no lo tienen. Una legislación para los consumidores y otra para los "sub-consumidores". Si se tiene en cuenta que un 50% del parque automotor está asegurado y el resto no tiene seguro, la reparación integral se aplica sólo al primer grupo.

El problema del "acceso" al derecho privado es central. El acceso a la propiedad, a la justicia, al consumo, al trabajo, son aspectos relevantes que ocupan y ocuparán cada vez más a nuestros civilistas.

La eficacia del derecho privado se juega en este tema.

Notas

- 1 WIEACKER, Franz. "Historia del Derecho privado de la Edad Moderna", ps. 197 y sigtes., Madrid, 1957.
- 2 BELLO, Andrés, "Codificación del Derecho Civil", en Escritos jurídicos político y universitarios, p. 59, Ed. Edeval, Valparaíso, 1979.
- 3 MASSINI, Carlos "La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- 4 CAUMONT, Arturo-STIPANICIC, Emma, "Aplicación del concepto de poder normativo negocial fuera del área del Derecho Civil. De las obligaciones y de los contratos". Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXIII, 1993, p. 509.
- 5 CONDE DE CABARRUS, "Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública", Vitoria, 1808 citado por Tau Anzoátegui, Víctor, "La codificación en Argentina", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho, Ricardo Levene, 1977.
- 6 Una indagación de este tipo realiza IRTI, Natalino, "La edad de la descodificación", Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- 7 BUSNELLI, Francesco, "El Derecho Civil entre el Código y leyes especiales", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Ed. Reus.
- 8 WITTGENSTEIN, Ludwig, "Investigaciones filosóficas", trad. A. Suárez-Moulines, Ed. Crítica, Barcelona, 1988.

9 Ejemplo claro de ello es la convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional y los proyectos de reforma al Código Civil desde 1987 en adelante. Sobre este tema conf.: GARRO, Alejandro-ZUPPI, Alberto, "Compraventa internacional de mercaderías", Ed. La Rocca, 1990.

10 Sobre la discusión conf. TUNC, André, "The Uniform Law on the international sale of goods: a reply to professor Nadelmann", Yale Law Journal, 1964-65.

11 Sobre este tema ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las garantías a primera demanda", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, n° 2, p. 93; ALEGRIA, Héctor, "Las garantías autoliquidables", rev. ídem, p. 175.

12 PELLEGRINI GRINOVER, Ada-BENJAMIN, Antonio Herman-FINK, Daniel-BRITO FILOMENO, José Geraldo-WATANABE, Kazuo-NERY JUNIOR, Nelson-DENARI, Zelmo, "Código Brasileiro de defesa do consumidor", p. 11, Ed. For Univ., 3ª ed., 1993. En Brasil, la base constitucional surge del art. 48 que señala que debe dictarse por el Congreso un Código de Defensa del Consumidor. Cuentan los autores citados que esa disposición la introdujo el *lobby* empresario, pensando que sería más dificultoso hacer un "código" que una ley, y que además habría garantías formales de trámite legislativo complejo.

13 BENJAMIN, Antonio, "Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor", en Rev. Direito do consumidor, Rev. dos Tribunais, São Paulo, n° 3.

14 Entre muchos ver: CAPPELLETTI, Mauro, "Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo", Ed. Porrúa SA, México, 1993.

15 Conf.: ACOSTA ESTEVEZ, José, "La protección de los consumidores en la comunidad europea", Prom. y Publ. Univ. S. A. Barcelona, 1990.

16 Por ej.: STIGLITZ, Rubén, "Cláusulas abusivas en el contrato de seguro", Ed. Abeledo, Perrot, Buenos Aires, 1994.

17 Hemos profundizado en estos temas en "El sistema de la responsabilidad civil: una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica", LA LEY, 1993-D, 1140.

18 Hemos tratado este enfoque en "La responsabilidad por daños y los accidentes de trabajo", Ed. Abeledo-Perrot, 1993.

19 Hemos referido este tema en "Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en Derecho argentino", en el "Derecho de daños", en Homenaje a Félix Trigo Represas, Dir.: Aída Kemelmajer de Carlucci, coord.: Carlos Parellada, p. 339, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993.

20 VON WRIGHT, G., "Norma y acción", Madrid, 1970.

21 IRTI, Natalino, "La edad...", cit., p. 56.

22 Sobre estos temas sensibles y la dificultad inherente a ellos conf. DWORKIN, Ronald, "Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom", A. Knopf, New York, 1993.

ARCELLONA, Pietro-CANTARO, Antonio, "El lo social entre crisis y reestructuración, pub. en echo y Economía en el Estado Social", p. 64, Ed. ios, 1988.

ALBRAITH, John K., "La cultura de la satisfacción", Emecé, 1992.

CCO, Umberto-COLOMBO, Furio-ALBERIONI, cesco-SACCO, Giuseppe, "La nueva edad media", Alianza, 1984.

imilar problema tuvieron los animales de la selva ido quisieron elegir a la reina de la belleza: el león dijo debía elegirse a la que tuviera mayor melena y mejor do; la jirafa a la que tuviera el cuello más alto; la cebr que tuviera más rayas; el pájaro a la que supiera volar alto. No pudieron acordar un criterio único y no o concurso.

RTI, Natalino, "La società civile-elementi per un análisis iritto privato", Ed. Giuffrè, 1992.

IPERT, Georges, en "Crisi del Diritto", p. 9, Padova, 3; DE LOS MOZOS, José Luis, "Derecho Civil-Mé o, Sistemas y categorías jurídicas", Ed. Civitas, 1988.

uesta de manifiesto por A. Alterini, seu conferencia l Curso de Derecho de Daños, Universidad Nacional Litoral, 1993.

OLLER, Peter, "Las teorías del contrato social como delos de justificación de las instituciones políticas", bl. en KERN, Lucian-MULLER, Hans Peter, "La icia: discurso o mercado? - Los nuevos enfoques de la ría contractualista", Ed. Gedisa, Barcelona, 1992; IRTI, talino, "La edad de la decodificación", p. 31.

IRTI, "La edad...", cit., p. 99.

NINO, Carlos, "Introducción al análisis del derecho", t4, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

RIVERA, Julio, "Instituciones de Derecho Civil", t. I, 227, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

IRTI, "La edad...", cit., p. 33.

RIVERA, op. y t. cit., p. 341.

CASTAN TOBEÑAS, José, "Los derechos del mbre", ps. 118 y sigtes., Ed. Reus S. A., 4ª ed., 1992.

Sobre este tema conf. DE CASTRO, Federico, "La rsona jurídica", p. 236, Ed. Civitas, Madrid, 1991; DE OS MOZOS, José Luis, op. cit., p. 243.

GALGAGNO, Francesco, "El negocio jurídico", Vacia, 1992, prólogo.

En Argentina se ha difundido esta idea a través de un sayo de BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La mora

del deudor y la concepción dinámica del patrimonio", LA LEY, 1977-D, 481.

40 Palabras de Jorge Mosset Iturraspe en su conferencia en el Congreso Internacional del Consumidor, Buenos Aires, 1993.

41 BETTI, Emilio, "La interpretación de la ley y los actos jurídicos", Rev. de Derecho Privado, 1975.

42 TAU ANZOATEGUI, Víctor, "La codificación en Argentina", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho, Ricardo Levene, 1977, p. 96.

43 SOMELLERA, Pedro, "Principios de Derecho Civil" (curso dictado en la Universidad de Buenos Aires, en el año 1824, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1939).

44 BELGRANO, Manuel, "Escritos económicos", Hispamerica, 1988.

45 Ver SAMPAY, Arturo, "Las Constituciones de la Argentina", 1810-1972, p. 63, Eut. I, 1975.

46 VANOSSI, Jorge, "La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina", p. 25, Buenos Aires, 1975.

47 "Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina".

48 COLMO, "Tratado teórico práctico de las Obligaciones en el Derecho Civil argentino-De las obligaciones en general", Ed. Jesús Menéndez, Prólogo, Buenos Aires, 1920.

49 Sobre el problema del derecho americano y las decisiones de la Corte en materia de libertad de prensa, ver PIZARRO, Daniel, Daños derivados de la publicación de una sentencia por la prensa", JA del 29.12.93; y SAUX, Edgardo, "Libertad de prensa: una perceptible reasunción de criterios aperturistas en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", JA del 27.4.94.

50 Automotores Saavedra c. Fiat Argentina S. A., LA LEY, 1989-B, 4.

51 "YPF c. Corrientes", LA LEY, 1992-B, 216.

52 "Peralta, Luis c. Gobierno nacional", LA LEY, 1991-C, 159.

53 SARMIENTO, Faustino, "Facundo", 78.

54 CATALANO, Nicola, "Manual de Derecho de las Comunidades Europeas", 1966.

55 Conf. considerandos y art. 1, según ley 23.981.

A nova lei portuária brasileira

Wilen Manteli
Advogado

SUMÁRIO:

Considerações iniciais; - Dos terminais privativos; - As relações de trabalho.

Abstract

The new port brazilian law

In 1993, the Brazilian National Congress approved the law n. 8.630, that changed the port new legal system.

The new port law is known as the modernization of the ports, because it has extinguished the two monopolies: state and unions dockworkers.

In consequence of this the ports services could be all privatised and the work conditions would be openly and freely dealt among employers and workers.

Therefore, the brazilian ports will have the free competition, having as great beneficiary the customers of the ports.

Considerações iniciais

Finalmente, com atraso de décadas, o governo brasileiro resolveu enfrentar a velha e preocupante questão portuária.

Os portos brasileiros, de um lado, dominados pela burocracia estatal e, de outro, pelo monopólio dos sindicatos dos trabalhadores da orla marítima, se constituíam no principal entrave do desenvolvimento econômico e social do País.

O que havia era verdadeiro cipoal legislativo regulando a atividade portuária: leis, decreto-leis, decretos, portarias, resolu-

ções e outros atos normativos pautavam pelo intervencionismo estatal e pela concessão de benesses às várias categorias de trabalhadores sindicalizados. A raiz dessa parafernália legislativa vinha dos idos de 1930 e tinha como fonte inspiradora a fascista legislação italiana.

Após tumultuada tramitação no Congresso Nacional, palco do embate entre os que buscavam modernizar o sistema portuário nacional e os estatizantes e corporativistas, defensores do *statu quo*, interessados em ampliar o intervencionismo e os privilégios, foi, finalmente, promulgada a Lei nº 8.630, de 1993. Esses últimos - os privilegiados com a situação - contaram com forte apoio dos legisladores populistas, por ignorarem ser "a lei instrumento de realização da justiça e não o meio para outorga de benesses", no dizer de Frédéric Bastiat em "A Lei", publicada em 1850.

Forçoso é reconhecer que não é a lei esperada e ideal para impulsionar a atividade econômica, mas, mesmo assim, em razão do que havia, pode-se considerar verdadeiro avanço, pelo menos para se iniciar uma mudança modernizante nesse importante segmento da atividade econômica.

A referida lei, é oportuno dizer, está em plena sintonia com a Constituição Federal, que, em seu artigo 21, XII, diz competir à União a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres, diretamente ou median-

delegação a terceiros. A Carta Magna também confere competência privativa à União para legislar sobre o regime dos portos.

Aspectos estruturais

Conforme consta em sua ementa, a lei muda o novo regime jurídico da exploração portuária. Trata, de início, das duas espécies de porto. A primeira, "porto organizado", que melhor seria denominá-lo de público, evitando assim maiores confusões. É aquele de uso público, explorado diretamente pela União ou por terceiros, mediante concessão, sujeita sempre à licitação. A segunda espécie refere-se às "instalações portuárias de uso privativo", evidentemente que, também, organizado, mais conhecida como terminal privativo. É aquele explorado por pessoa jurídica de direito público ou privado, destinado à movimentação de cargas próprias e de terceiros.

A administração do "porto organizado" compete: I) - ao "Conselho de Autoridade Portuária" (CAP) espécie do "port authority" dos americanos, órgão colegiado, responsável pela formulação da política de exploração do porto, composto por representantes do poder público, dos usuários do porto, dos operadores portuários e dos trabalhadores; e II) - à "Administração do Porto Organizado", com funções executivas, cabendo-lhe cumprir e fazer cumprir as disposições legais e as deliberadas pelo CAP.

A atuação do "porto organizado" dá-se dentro do espaço que a lei definiu como "área do porto organizado". Definição essa que se restará apenas para gerar confusões e conflitos na aplicação da lei, porque, só para citar um exemplo, há tratamento diferenciado para os terminais localizados dentro ou fora da referida área. Tal definição, desnecessária até, apenas revela ranço intervencionista do nosso legislador.

Dos terminais privativos

Quanto aos terminais privativos, embora a sua história remonte ao tempo do Império, quando o governo concedia aos particulares, diga-se sem as dificuldades burocráticas de hoje, o direito de construção e exploração de instalações portuárias, foram, nos últimos 50 anos, tratados de forma nebulosa e casuística.

O professor Celso Antonio Bandeira de Mello, renomado mestre em Direito Administrativo, ao examinar a questão dos terminais privativos, informa que aquela legislação era por demais fluída e, por isso mesmo, prevalecia mais os interesses próprios ou até escusos do que os interesses nacionais na execução da política desse importante segmento da atividade portuária.

Na nova lei essas questões ficaram melhor definidas, embora estejam os terminais particulares submetidos ao cumprimento de uma gama infindável de exigências. Estabeleceu o legislador duas modalidades de terminais: o de uso público, aberto a todos, destinado a movimentar cargas para o público, geralmente especializado em um ou mais tipos; e o de uso privativo, modalidade subdividida em terminal de uso exclusivo, para movimentação de carga própria da empresa detentora das instalações, e de uso misto, no qual poderão ser movimentadas mercadorias próprias e de terceiros, como forma de utilizar-se a eventual capacidade ociosa de um determinado terminal, aliás, antiga reivindicação do setor empresarial.

Sem dúvida - e a despeito da excessiva normatização a que estão submetidos - os terminais privativos, em qualquer de suas modalidades se constituem no mais importante avanço da lei, sendo a verdadeira resposta ao clamor pela privatização dos serviços portuários.

Diga-se que o objetivo central da Lei nº 8.630 foi a busca da desregulamentação, mo-

dernização desse estratégico setor, ou seja, o legislador brasileiro acompanhou, ainda que com atraso, a tendência mundial que pauta pela privatização de diversos serviços públicos, como forma e modo de se buscar maior eficiência e menores custos, ou como dizem "fazer mais por menos".

As relações de trabalho

Outro avanço contemplado pela Lei nº 8.630, é a nova disciplina às relações capital/trabalho. Embora ela não tenha regulado direitos e obrigações entre trabalhadores e seus tomadores de serviços, a lei eliminou o abusivo e danoso monopólio detido pelos vários sindicatos da orla marítima, impostos e aceitos por conveniência e omissão tanto das autoridades como dos próprios embarcadores. A lei retirou dos sindicatos a condição de fornecerem o trabalho da mão-de-obra avulsa, fator de elevados custos na movimentação de cargas e de abusos generalizados, a impedir o avanço tecnológico.

A partir da nova lei, a mão-de-obra avulsa não será mais imposta pelos sindicatos. O órgão gestor de mão-de-obra passou a ser responsável pelo registro, treinamento e remuneração do trabalhador portuário, nos moldes do que existe nos principais portos internacionais. Evidentemente que o citado órgão terá que cumprir as condições constantes dos acordos negociados entre empresários e trabalhadores. E nisso reside importante mudança introduzida pela lei, substituindo o velho procedimento, remetendo trabalhadores e empresários à negociação coletiva, principalmente a nível regional. Será, portanto, na mesa de negociação, que empresários e trabalhadores estabelecerão as con-

dições de trabalho, a remuneração, a definição das funções, a composição dos ternos, na busca, assim, da permanente melhoria dos serviços portuários e da produtividade. Com isso, deixando de ser fornecedores de mão-de-obra - atividade incompatível para a entidade classista!

Importante ressaltar que o órgão gestor de mão-de-obra (OGMO) terá um Conselho Supervisor composto por trabalhadores e empresários, bem como uma Comissão Paritária com a finalidade de solucionar litígios nas relações capital-trabalho.

Atento às repercussões sociais decorrentes do novo regime de exploração portuária, notadamente pela introdução de modernos sistemas de carga e descarga, o legislador estabeleceu, para atenuar o período de transição, o sistema de compensação pecuniária para os trabalhadores não aproveitados, nas condições recomendadas pela Organização Internacional do Trabalho - (OIT).

Digno de registro, portanto, é o fato da nova lei ter revogado todo aquele emaranhado conjunto de atos normativos, passando a vigir novo ordenamento jurídico para o sistema portuário, que, se aplicado e cumprido devidamente, dará não as melhores, mas aquelas condições mínimas para que o país possa se desenvolver social e economicamente num ritmo mais adequado às suas gigantescas necessidades sociais e econômicas.

Bibliografia

- Catharino, José Martins. *O Novo Sistema Portuário Brasileiro*. Ed. Destaque, 1994.
Oliveira, Carlos Tavares de. *Modernização dos Portos*. Ed. Aduaneiras, 1994.
Silva, Francisco Carlos de Moraes. *Direito Portuário*. Ed. Del Rey, 1994.

nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos:

consideração sobre a decisão do STF proferida no RE nº 122.202

nar Ferreira Mendes

curador da República, Professor da Universidade de Brasília, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Doutor em Direito pela Universidade de Münster - RFA.

ÍARIO

rodução; 2. A nulidade da lei inconstitucional; 3. A nulidade *ipso jure* e *ex tunc*; 4. A nulidade da lei e os atos ilares praticados com base na lei inconstitucional; 5. Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução

Em acórdão recém-publicado, o Supremo Tribunal Federal vem de afirmar que a retribuição de servidor público declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período da validade inquestionada da lei, tal como é na ementa do acórdão:

*"Recurso Extraordinário. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade em tese pelo Supremo Tribunal Federal. Alegação de Direito Adquirido. Acórdão que prestigia lei estadual à rejeição da declaração de inconstitucionalidade desferida pelo Supremo. Subsistência do pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes do Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte"*¹.

Cuidava-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado e deferiu mandado de segurança para determinar a continuidade de pagamento de vantagens consagradas em lei já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

Anteriormente já havia o Supremo Tribunal concluído que *"a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo"*. Por essa razão, afirmou-se, tal garantia haveria de superar o próprio efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma².

A decisão mais recente, também relativa à remuneração de magistrados, retrata entendimento no sentido de que *"retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade"*³.

A orientação esposada pelo Supremo Tribunal nos casos referidos merece uma análise mais atenta.

Contemple-se, inicialmente, a chamada nulidade da lei inconstitucional.

2. A nulidade da lei inconstitucional

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes

constitucionalistas⁴. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *"the unconstitutional statute is not law at all"*⁵, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição⁶.

A recepção da doutrina americana não contribuiu significativamente para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no Direito brasileiro. Também a fundamentação dogmática da chamada nulidade de pleno direito ou *ipso jure* jamais se afigurou precisa entre nós. Assim, constatou Lúcio Bittencourt que os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar nem a eficácia *erga omnes*, nem a chamada retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal⁷.

É o que se lê na seguinte passagem de seu magno trabalho:

"(...) as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a "sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça", não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.

Não o apontam os tratadistas americanos - infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo - limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica - is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force.

Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo.

*Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com o seu gênio estelar, nem os que subseqüentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes"*⁸.

Sem dispor de um mecanismo que emprestasse força de lei ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais tribunais tal como o *stare decisis* americano, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional⁹ e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰. O constituinte de 1934 introduziu a chamada *suspensão de execução da lei* através do Senado Federal (art. 91, inciso IV) com o propósito inequívoco de emprestar força normativa às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal¹¹. Esse instituto foi incorporado à Constituição de 1946 (art. 64), à Constituição de 1967/69 (art. 42, VII), e mantido na Constituição de 1988 (art. 52, X). Esse ato do Senado Federal conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto¹².

Não se contemplou, inicialmente, a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas¹³. O Tribunal limitava-se, tal como no controle incidental, a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade também no processo de controle abstrato de normas. A este caberia sobre a definitiva suspensão da aplicação da lei declarada inconstitucional¹⁴.

Posteriormente, passou o Tribunal a admitir que as decisões de inconstitucionalidade proferidas no processo de controle abstrato de normas tinham eficácia *erga omnes*, deixando, assim, de submetê-las ao Senado Federal¹⁵.

É certo que se essa conclusão se mostrava ensurável para a sentença de inconstitucionalidade - até porque, do contrário, teria de ser aplicada, igualmente, à eventual declaração de constitucionalidade.

Somente em 1977 deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, ao contrário da decisão proferida na *representação interventiva*, a nência de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas era dotada de eficácia *erga omnes*¹⁶. Essa orientação foi dada de forma definitiva em 1975, em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal¹⁷. Segundo a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade decorre do processo de controle abstrato de normas, mas estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e, independentemente, portanto, de qualquer fundamento legal¹⁸.

Desde então, não mais se coloca em dúvida a doutrina¹⁹ e na jurisprudência, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas²⁰. Uma alteração posterior do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal deixou assente que, apenas na hipótese de decisão proferida no controle incidental de normas (art. 178)²¹, estava a Corte obrigada a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade.

Admite-se, atualmente, na doutrina que a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade no controle abstrato de normas tem hierarquia constitucional. Sustenta-se com base no argumento *a contrario*, tratado no art. 52, inciso X, da Constituição, que a suspensão da aplicação da lei inconstitucional pelo Senado Federal é exigida apenas nos casos de declaração incidental de inconstitucionalidade²².

3. A nulidade *ipso jure* e *ex tunc*

Se o Supremo Tribunal Federal chegar à conclusão, no processo de controle abstrato de normas, de que disposições do direito federal ou do direito estadual revelam-se incompatíveis com a Constituição, então ele as declarará inconstitucionais. A fórmula de censura vem expressa normalmente nos seguintes termos:

*"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a Representação, declarando-se a inconstitucionalidade do art... da Lei..."*²³.

Ou, ainda:

*"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, (...) julgar procedente a Representação..."*²⁴.

A lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso jure* e *ex tunc*²⁵.

A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais pode ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal²⁶.

Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude²⁷. Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro²⁸, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática²⁹.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar, todavia, tentativa no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a *teoria da nulidade* em favor da

chamada *teoria da anulabilidade*. Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade e sua aplicação continuada produziria consequências que não podem ser olvidadas³⁰. A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo³¹. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional³², seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como *fato eficaz*, apto a produzir consequências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configurasse uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé³³.

É interessante registrar a síntese da argumentação desenvolvida pelo eminente Magistrado:

"Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários os seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos de orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Juris Secundum, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que,

*em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo"*³⁴.

Essa orientação não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à *ipso jure*³⁵, até porque, consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional³⁶. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional - ainda que por tempo limitado - representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição³⁷. A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição³⁸.

Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha logrado formular esta conclusão com a necessária nitidez, é certo que, também ele, parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional³⁹.

Na Assembléia Constituinte de 1986-88, foi proposta a introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas haveria de perder eficácia *ex tunc*, ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir da data de sua publicação⁴⁰. Esse projeto, que observava, em linhas gerais, o modelo estabelecido no art. 282, § 4º, da Constituição Portuguesa⁴¹, foi rejeitado⁴².

Preservou-se, assim, orientação que considera nula *ipso jure* e *ex tunc* a lei inconstitucional.

Esse entendimento tem base constitucio-

O princípio do Estado de Direito, fixado art. 1º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, consagrada no § 1º, do art. 5º, aplicação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, que daí resulta, a imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne direitos fundamentais e ao processo especial de reforma constitucional, ressaltam a supremacia da Constituição. Do art. 5º, inciso XI, da Constituição, que assegura a qualquer indivíduo que seja impedido de exercer direito constitucionalmente garantido, em ocorrência da omissão dos órgãos legislativos, direito de reivindicar uma atividade legislativa diante a propositura do mandado de segurança, pode-se concluir que não apenas os direitos fundamentais, mas todos os demais direitos subjetivos constitucionalmente assegurados vinculam os órgãos estatais⁴³.

A possibilidade de exercer *pretensão a uma atividade legislativa* mediante processo judiciário ressalta o princípio da supremacia da Constituição e enfatiza a sua *pretensão de eficácia*.

O poder de que dispõe qualquer juiz ou tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a um determinado processo (Constituição, arts. 97 e 102, inciso III, "a", "b" e "c") pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a nulidade. A faculdade de negar a aplicação da lei inconstitucional corresponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-lhe, em última análise, a possibilidade de interpor o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição (art. 102, III, "a")⁴⁴.

Tanto o poder do juiz de negar aplicação da lei inconstitucional, quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional.

Nessa medida, é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal que

parece reconhecer *hierarquia constitucional* ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição⁴⁵.

4. A nulidade da lei e os atos singulares praticados com base no ato normativo declarado inconstitucional

A ordem jurídica brasileira não dispõe de preceitos semelhantes aos constantes do § 79, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação⁴⁶. Não deve supor, todavia, que a declaração de inconstitucionalidade afeta todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional.

Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está equivocado, igualmente, de ilicitude⁴⁷, concede-se proteção ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*) através das chamadas *fórmulas de preclusão*⁴⁸.

Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade⁴⁹.

Vislumbra-se uma exceção a esse entendimento na sentença condenatória penal, uma vez que aqui inexiste prazo para a propositura da revisão.

Nos termos do art. 621 do Código de Processo Penal, a revisão pode ser proposta a qualquer tempo se a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei penal. Esse fundamento abrange, inequivocamente, a sentença penal condenatória proferida com base na lei inconstitucional⁵⁰.

Admite-se que uma das causas que pode dar ensejo à instauração da ação rescisória no âmbito do processo civil - violação a literal disposição de lei (art. 485, inciso V, do Código Processual Civil) - contempla, também, a

inconstitucionalidade de uma lei na qual se fundou o juiz para proferir a decisão transitada em julgado⁵¹. Todavia, a rescisão de sentença proferida com base em uma lei considerada inconstitucional somente pode ser instaurada dentro do prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão (CPC, artigos 485 e 495).

Assim, enquanto no modelo consagrado pelo § 79, (2), da lei do *Bundesverfassungsgericht*, admite-se a possibilidade de que a execução de sentença calcada em lei inconstitucional seja impugnada mediante embargos à execução (Código de Processo Civil Alemão, § 767), a impugnação de sentença transitada em julgado, no sistema brasileiro, somente há de se verificar por via de ação rescisória.

Em julgado de 13 de setembro de 1968, explicitou-se essa orientação:

*"A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança (...)"*⁵².

Esse entendimento foi reiterado posteriormente, enfatizando-se que a execução judicial de uma decisão transitada em julgado não pode ser obstada com a oposição de embargos, uma vez que a nulidade dessa decisão deve ser aferida do âmbito da ação rescisória⁵³.

Em acórdão mais recente, ressaltou-se que *"a execução (...) está amparada no respeito à coisa julgada, que se impõe ao Juízo executante, e que impede que, sobre ela (e até que venha a ser regularmente desconstituída a sentença que lhe deu margem), tenha eficácia o acórdão posterior desta Corte"*⁵⁴.

5. Conclusão

Em face de todas essas considerações, a tentativa desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de preservar as vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos com

base numa lei posteriormente declarada inconstitucional parece carecer de qualquer fundamentação jurídica mais consistente.

Certamente, o princípio da irredutibilidade de vencimentos não se presta para conferir sustentação à tese adotada, uma vez que, tal como assinalado, o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem, também, hierarquia constitucional.

Não é preciso dizer, outrossim, que os vencimentos irredutíveis são apenas aqueles lícitamente percebidos.

Argumentos embasados na idéia de segurança jurídica não se mostram, igualmente, aptos para solver o problema, uma vez que, nesse caso, o Tribunal acabaria por substituir-se ao legislador.

Cabe ao legislador e não ao Tribunal a definição das chamadas *fórmulas de preclusão*, que permitem limitar a possibilidade de impugnação ou de revisão de determinado ato concreto, em nome exatamente da idéia de segurança jurídica.

Se o ato praticado com base na lei inconstitucional ainda é suscetível de impugnação, não há como sustentar, juridicamente, a ilegitimidade de sua revisão ou cassação.

Nem se pretenda afirmar que, na espécie, as vantagens eventualmente ingressas no patrimônio do servidor já teriam sido até mesmo despendidas⁵⁵.

Se tal tese pudesse ser aceita, com muito maior razão dever-se-ia adotar entendimento que repele o pedido de repetição de indébito decorrente da cobrança de tributo instituído por lei posteriormente declarada inconstitucional.

Nesse caso, todavia, tem entendido o Supremo Tribunal Federal que, *"declarada a inconstitucionalidade (...), não se pode admitir a eficácia da cobrança feita, impondo-se a repetição do cobrado indevidamente"*⁵⁶. Ressalte-se que no precedente referido recusou o Supremo Tribunal entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual, *"se houve (...) uma prestação de serviços,*

*com que eles se tornem gratuitos, retroativamente, implicaria enriquecimento sem causa, ta, afinal, de outros munícipes"*⁵⁷.

À essa objeção respondeu o Supremo com seguintes argumentos:

*Se (...) a simples atuação estatal não autoriza a invalidação da cobrança ou o pagamento do tributo, fazendo necessária a imposição de taxa através da lei, não se pode reconhecer ao poder público o direito de retenção das importâncias eventualmente cobradas sob o fundamento de eventual prestação de serviço. Em verdade, negar tal direito de retenção ao ente estatal é fazer tabula rasa do princípio da legalidade"*⁵⁸.

Argumento semelhante mostra-se de todoável à situação jurídica relacionada com o pagamento de vantagens baseadas em lei inconstitucional. O fato de as quantias já ter sido incorporadas ao patrimônio do servidor ou mesmo de já terem sido despendidas confere legitimidade ao pagamento efetuado uma vez que as quantias pagas somente são legítimas se efetuadas com base em lei inconstitucionalmente válida.

Notas

nº 122.202, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ 94.

nº 105.789, Relator: Ministro Carlos Madeira, RTJ 8, p. 301.

nº 122.202, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ 94.

bosa, Rui, Os Atos Inconstitucionais do Congresso Executivo, in: Trabalhos Jurídicos, p. 70-71; idem, reito do Amazonas ao Acre Septentrional, vol. I, p. Campos, F., Direito Constitucional, 1956, vol. I, p. 31; Buzaid, A., Da Ação Direta, p. 130-132; Nunes, ia e Prática do Poder Judiciário, p. 589.

Willoughby, W. W., The constitutional law of the United States, vol. I, p. 9-10; Cf. também Cooley, Thomas Treatise on the Constitutional Limitations, 1878, p.

Buzaid, Alfredo, Da Ação Direta, p. 128-132.

Bittencourt, Controle Jurisdicional da Inconstitucionalidade, p. 141.

Bittencourt, Carlos Alberto Lúcio, Controle Jurisdicional da Constitucionalidade, p. 140-141.

9 Cf., a propósito, Bittencourt, Controle Jurisdicional da Constitucionalidade, p. 141.

10 Bittencourt, Controle Jurisdicional da Constitucionalidade, p. 144; Nunes, Teoria e Prática do Poder Judiciário, p. 592.

11 Cf., a propósito, Prado Kelly, Discurso na Assembléia Constituinte, in: Alencar, Ana Valdeir Ayres Neves de, A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, Revista de Informação Legislativa nº 57, 1978 (Janeiro-Março), p. 260; v., também, MS nº 16.512, Relator: Osvaldo Trigueiro, RTJ nº 38, p. 23, 28, 81.

12 Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, p. 35; Silva, J. A. da, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 52.

13 A Proposta de emenda à Constituição nº 16, de 1965, continha cláusula que outorgava eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - As disposições de lei ou ato de natureza normativa consideradas inconstitucionais em decisão definitiva, perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União (Proposta de emenda, art. 5º). Essa disposição não foi, todavia, aprovada pelo Congresso Nacional, subsistindo, pois, a necessidade de que se encaminhassem as declarações de inconstitucionalidade ao Senado Federal para que se efetivasse a suspensão de execução do dispositivo declarado inconstitucional.

14 Rp. nº 933 (liminar), Rel.: Ministro Thompson Flores, RTJ nº 76, p. 342 (343).

15 Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, Sessão Administrativa de 19.06.1974, DJ de 16.05.1977, p. 3124; Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123; Ver, também, Bandeira de Mello, O. A. Teoria das Constituições Rígidas, 1980, p. 213. Em 18 de abril de 1977, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Thompson Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, se restringissem às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* (Cf. Alencar, A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais, Revista de Informação Legislativa nº 57, 1978, p. 260 (305)).

16 Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, de 19 de junho de 1974, in: DJ de 16.05.1977, p. 3124.

17 Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11 de novembro de 1975, in: DJ de 16.05.1977, p. 3123; v. também Bandeira de Mello, O. A., Teoria das Constituições Rígidas, p. 213.

18 Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11 de novembro de 1975, in: DJ de 16.05.1977, p. 3123.

19 Em favor da tese da anulabilidade da lei inconstitucional, Cf., porém, o excelente trabalho de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Efeitos da Declaração de

Inconstitucionalidade, 3ª edição, São Paulo, 1992, p. 98.

20 Cf., a propósito, Silva, J. A. da, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 52-53.

21 Regimento Interno do STF na versão de 15.10.80.

22 Silva, J. A. da, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 52; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, p. 33-35.

23 Cf., também, Rp. n° 1305, Relator: Ministro Sydney Sanches, RDA n° 170, p. 46.

24 Cf. Rp. n° 971, Relator: Ministro Djaci Falcão, RTJ n° 87, p. 758.

25 Rp. n° 971, Relator: Ministro Djaci Falcão, RTJ n° 87, p. 758; RE n° 93.356, Relator: Leitão de Abreu, RTJ n° 97, p. 1369; Rp. n° 1016, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 95, p. 993; Rp. n° 1077, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 101, p. 503.

26 Mello, O. A., Bandeira de, Teoria das Constituições Rígidas, p. 214.

27 Recurso de MS n° 17.076, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ n° 55, p. 744.

28 Buzaid, Alfredo, Ação Direta, p. 130-131; Barbosa, Rui, Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo, p. 70-71; Polletti, R., Controle de Constitucionalidade das Leis, p. 109 s.

29 Cf., também, Recurso de MS n° 17.076, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ n° 55, p. 744; RE n° 103.619, Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA n° 160, p. 80.

30 RE n° 79.343, Relator: Ministro Leitão de Abreu, RTJ n° 82, p. 791 (795).

31 Assim também Miranda, Pontes de, Comentários à Constituição Federal de 1967/69, vol. III, p. 619.

32 RE n° 79.343, Relator: Ministro Leitão de Abreu, RTJ n° 82, p. 791 (795).

33 RE n° 79.343, Relator: Ministro Leitão de Abreu, RTJ n° 82, p. 791 (795).

34 Cf. RE n° 79.343, Relator: Ministro Leitão de Abreu, RTJ n° 82, p. 791 (795).

35 Cf. RE n° 93.356, Relator: Ministro Leitão de Abreu, RTJ n° 97, p. 1369.

36 Rp. n° 971, Relator: Ministro Djaci Falcão, RTJ n° 87, p. 758; Rp. n° 1016, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 95, p. 993; Rp. n° 1077, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 101, p. 503.

37 Rp. n° 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 96, p. 496 (508).

38 Rp. n° 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 96, p. 496 (508).

39 Cf. RE n° 103.619, Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA n° 160, p. 80 s.

40 O Projeto do Senador Maurício Corrêa estabelecia, *verbis*: "Art. 127.....

2° Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória" (Cf. a propósito, Silveira, José Néri da, A Dimensão Política do Judiciário, in: Arquivos do Ministério da Justiça n° 173 (1988), p. 46 (55); Falcão, Djaci, O

Poder Judiciário e a Nova Carta Constitucional, in: Arquivos do Ministério da Justiça n° 173, p. 25 (29).

41 O art. 282 (4), da Constituição portuguesa:

"Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n°s 1 e 2".

42 Cf., a propósito, Silveira, J. Néri da, A Dimensão Política do Judiciário, in: Arquivos do Ministério da Justiça n° 173 (1988), p. 46 (55).

43 Cf., a propósito, MI n° 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 133, p. 11 s.

44 Cf., a propósito, Rp. n° 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 96, p. 496 (508).

45 Cf. a propósito, Rp. n° 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 96, p. 496 (508); RE n° 103.619, Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA n° 160, p. 80 s.

46 § 79 da Lei do Bundesverfassungsgericht:

"(1) É legítimo o pedido de revisão criminal nos termos do Código de Processo Penal contra a sentença condenatória penal que se baseia em uma norma declarada inconstitucional (sem a pronúncia da nulidade) ou nula, ou que se assenta em uma interpretação que o Bundesverfassungsgericht considerou incompatível com a Lei Fundamental.

(2) No mais, ressalvado o disposto no § 92 (2), da Lei do Bundesverfassungsgericht ou uma disciplina legal específica, subsistem íntegras as decisões proferidas com base em uma lei declarada nula, nos termos do § 78. É ilegítima a execução de semelhante decisão. Se a execução forçada tiver de ser realizada nos termos das disposições do Código de Processo Civil, aplica-se o disposto no § 767 do Código de Processo Civil. Excluem pretensões fundadas em enriquecimento sem causa".

47 Cf. a propósito, RMS n° 17.976, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ n° 55, p. 744.

48 Ipsen, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt, Baden-Baden, 1980, p. 174s.

49 Cf. RE n° 86.056, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, Diário da Justiça de 01.07.1977.

50 HC n° 45.232, Relator: Ministro Themístocles Cavalcanti, RTJ n° 44, p. 322 s.

51 MS n° 17.976, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ n° 55, p. 744 s.; RE n° 86.056, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, DJ de 01.07.1977.

52 RMS n° 17.076, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ n° 55, p. 744.

53 RE n° 86.056, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, Diário da Justiça de 01.07.1977.

54 Reclamação n° 148, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 109, p. 463.

55 Cf., a propósito, RE 122.202, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ 08.04.94.

56 RE n° 103.619, Relator: Ministro Oscar Corrêa, in: RDA n° 160, p. 80 s.

Jf. RDA n° 160, p. 81.

Jf. RDA n° 160, p. 84.

liografia

acar, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência Senado Federal para suspender a execução dos atos institucionais, *Revista de Informação Legislativa* n° 57, 3 (janeiro-março), p. 223 s.

iosa, Rui, *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e doutivo* (reimpressão), Rio de Janeiro: 1962.

O *Direito do Amazonas ao Acre Septentrional*, v. I, Rio aneiro: 1910.

encourt, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da stitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1968.

aid, Alfredo. *Da Ação Direta da Declaração de mstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: 8.

npos, Francisco Luiz da Silva. *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: 1956.

oley, Thomas M. *Treatise on the Constitutional itutions*, 4ª. ed., Boston: 1878.

isões do Supremo Tribunal Federal

n° 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 133, l.

n° 933, Relator: Ministro Thompson Flores, DJ, 15.77, p. 3124.

n° 971, Relator: Ministro Djaci Falcão, RTJ n° 87, p.

n° 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 96, 96.

n° 1016, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 95, 93.

n° 1077, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° , p. 503.

Rp n° 1305, Relator: Ministro Sidney Sanches, RDA n° 170, p. 46.

MS n° 16.512, Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro, RTJ n° 38, p. 23.

RMS n° 17.076, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ n° 55, p. 744.

RE n° 79.343, Relator: Leitão de Abreu, RTJ n° 82, p. 791.

RE n° 93.356, Relator: Leitão de Abreu, RTJ n° 97, p. 1369.

RE n° 103.619, Relator: Ministro Oscar Correa, RDA n° 160, p. 80.

RE n° 105.789, Relator: Ministro Carlos Madeira, RTJ 118, p. 301.

RE n° 122.202, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ, 08.04.94.

Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, de 19 de junho de 1974 (sessão administrativa), in: DJ de 16.05.1977, p. 3124.

Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975 (sessão administrativa), DJ. 16.05.77, p. 3123.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 17. ed., São Paulo: 1988.

Ipsen, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980.

Mello, Oswaldo Aranha Bandeira. *Teoria das Constituições Rígidas*, 2. ed. São Paulo: 1980.

Nery Ferrari, Regina Maria Macedo. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 3. ed. São Paulo: 1992, p. 98.

Nunes, José de Castro. *Teoria e Prática de Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: 1943.

Polletti, R. *Controle de Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro: 1985.

Silva, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1988.

Silveira, J. Néri da A. A Dimensão Política do Judiciário in: *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 173 p. 7.

Willoughby, W. W. *The Constitutional Law of the United States*, v. II, New York, 1910.

A limitação das taxas de juros, a nível constitucional e legal, no crédito bancário

Pedro Luiz Pozza

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais; 2. Da auto-aplicabilidade da limitação constitucional da taxa de juros - artigo 192 parágrafo terceiro, da Constituição Federal de 1988; 3. Da vigência do artigo primeiro do Decreto nº 22.626/33, também para as instituições financeiras; 4. Razões outras a justificar as duas teses; 5. Conclusão.

1. Considerações iniciais

Muito se tem discutido, atualmente, sobre os encargos cobrados pelas instituições financeiras de seus mutuários, que no Brasil, muitas vezes, superam a casa dos cem por cento ao ano em níveis reais, ou seja, acima da taxa de inflação. São, sem dúvida, taxas extorsivas, escorchantes, cuja prática, em alguns países do mundo, talvez até resultasse na prisão do banqueiro.

No Brasil, infelizmente, com o advento da Lei 4.595/94, que dispõe em seu artigo quarto, inc. IX, competir ao Conselho Monetário Nacional limitar as taxas de juros e demais encargos cobrados pelas instituições financeiras, construiu-se orientação pretoriana no sentido de que estariam essas, a partir de então, fora do alcance dos tentáculos do artigo primeiro do Decreto 22.626/33 - chamada LEI DE USURA -, consolidando-se tal posição na Súmula nº 596, do STF, que assim prescreve: *As disposições do Dec. nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.*

Nestes trinta anos de vigência da Lei 4.595/64, o que se viu no país foi o aumento expressivo da participação dos serviços bancários na formação do PIB nacional. Luiz Bresser Pereira, ex-ministro da Fazenda do governo Sarney¹, informa que em 1964, tal era de 4,3%, passando a 6,4% em 1973, alcançando 9,3% em 1978, justo porque, quanto maior a taxa de juros re-

ais, maior a fatia do sistema financeiro na renda mensal.

Tal orientação pretoriana, advinda da mais alta Corte Judiciária do País, e que na época exercia não só as funções de Tribunal Constitucional, mas também a de uniformizar a interpretação da lei federal, em todo o território nacional, por certo, foi o principal motivo para que o legislador constituinte de 1988 incluisse, entre os mandamentos constitucionais, norma semelhante à do artigo primeiro do Decreto 22.626/33.

Embora todos reconheçam que tal disposição não deveria ter *status* constitucional, a opção do constituinte deve ser creditada à vontade arraigada da maioria de sepultar, modo definitivo, as discussões a respeito do assunto. Incluída a proibição da prática de juros superiores a 12 por cento ao ano, no texto constitucional, não só por sua condição de norma magna, mas também pela dificuldade de vir a ser alterada, sua aplicabilidade seria incontestável, imediata e, por certo, respeitada por todos.

Ledo engano. Qual não foi a surpresa da comunidade jurídica e, por certo, da sociedade brasileira como um todo, quando Sua Excelência, o ex-presidente José Sarney, aprovou o parecer normativo SR nº 70, de 06.10.88, da Consultoria Geral da República, onde ficou estabelecido o entendimento oficial da Administração Pública Federal, refletindo, em consequência, junto ao Banco Central do Brasil, autarquia reguladora, disciplinadora e fiscalizadora das instituições financeiras - que de imediato expediu circular no sentido de ain-

gorarem as normas anteriores à CF de 1988 que a disposição constitucional, limitadora da taxa de juros por elas cobradas, não era auto-aplicável, carecendo da edição de lei complementar, nos termos do artigo 192, caput, do texto constitucional.

Provocado pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT - a se manifestar sobre a decisão presidencial, através da ADIN 4-7, -DF², o remeio Tribunal Federal, em sessão plenária, entendeu, por maioria de votos - 6 contra 5 - com razão o Chefe do Executivo Federal, agando a tese da não auto-aplicabilidade da disposição constitucional dos juros, e sepultando mais uma vez, a esperança de muitos que urdavam pelo fim da cobrança extorsiva de juros bancárias, prática essa, mais uma vez, agada pelo órgão máximo da cúpula Judiciária pátria. Sobre esse assunto é que me proponho a dissertar.

2. Da auto-aplicabilidade da limitação constitucional da taxa de juros - artigo 192, parágrafo terceiro, da Constituição Federal de 1988.

Para discorrer sobre o tema, entendo razoável partir do fato consumado. Concorde-se ou não com ela, a posição da Suprema Corte, decisão transitada em julgado, definitiva, é de que o disposto no artigo 192, parágrafo terceiro, da Carta Política de 1988 não tem aplicação imediata, mas necessita, para entrar em vigor, de regulamentação via lei complementar. Neste julgamento, em que se deu impedido o Ministro Sepúlveda Pertence, a maioria foi composta pelos Srs. Ministros Celso de Sanches (relator), Celso de Mello, Célso de Mello, Aldir Passarinho, Moreira Alves e Celso de Mello. Já a minoria esteve composta pelos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Paulo Brossard e Néri da Silveira. Os argumentos da maioria vencedora são de ordem econômica³ como jurídicos. Nesse último campo, diz o eminente relator que: *Não parece possível admitir que a norma do § 3º, citando outra matéria relacionada ao sistema financeiro nacional, como a taxa de juros, e*

fixando o modo como nela deveria ser tratada, pudesse desprender-se do caput, que, para tudo, exige lei complementar, e sem haver referência clara, no citado parágrafo, de que a vigência do ali contido seria imediata, sem carecer da lei complementar apontada no cabeço.

À alegação de que a lei complementar não poderá descumprir o limite referido, ou seja, de que os juros, em nenhuma hipótese, poderão ser superiores a doze por cento ao ano, responde o relator que isso não significa que, antes da regulamentação, tal norma proibitiva já esteja produzindo efeitos. Refere, ainda, que não tem relevância a intenção do constituinte, muito menos a discussão legislativa que se travou, sobre ser ou não de aplicação imediata a limitação dos juros. Importa, diz, segundo princípio hermenêutico corrente na exegese das normas jurídicas, não a *mens legislatoris*, mas a *mens legis* ou *mens constitutionis*.

Além disso, sustenta haver dúvidas sobre o conceito de juros reais, que está apenas agora ingressando no ordenamento jurídico nacional. Mesmo em se aceitando que juros reais são os juros nominais deflacionados, argumenta com a falta de estipulação sobre qual o índice que será usado para medir-se a inflação.

Arremata dizendo que: E tudo isso há de ser explicitado na lei complementar, ou seja, quais as atividades lícitas e ilícitas, no sistema financeiro nacional, para que se possa saber, depois, quais as que devem ser convertidas em tipos penais, na lei de usura, que há de ser uma lei ordinária, como se extrai da segunda parte do § 3º do artigo 192.

Já a douta minoria, e com a qual entendo está a razão, assim se manifestou. Ao Ministro Marco Aurélio, diz em seu voto, não impressionou o fato de o parágrafo em questão estar vinculado a um cabeço onde há referência à norma regulamentadora. Refere ele que a constatação da dependência não surge só pelo aspecto formal em si da norma, mas deve decorrer de seu próprio teor. Conclui que, por não ser o conteúdo superável pela forma, o simples fato de o preceito em comento estar revelado em parágrafo não firma a presunção definitiva de dependência ao artigo no qual está inserido. Por isso, afirma que o parágrafo ter-

ceiro do artigo 192 da Carta Magna tem vida própria, sem qualquer relação com seu *caput*.

O Ministro Carlos Velloso, citando lições de Rui Barbosa (Comentários à Constituição Brasileira, coligidos por Homero Pires, 1933, II/485), e de Thomas M. Cooley (Treatise on the Constitutional Limitations, ap. Rui Barbosa, obra e volume citado, pág. 495), sustenta que as normas constitucionais proibitivas são dotadas de vigor imediato e anterior a qualquer explanação legislativa. Defende a tese de que as disposições constitucionais são, em regra, de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. Já foi o tempo, diz, em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias. Finaliza afirmando que não pode deixar de considerar a importância do método sociológico ou do elemento político-social na interpretação. E, reconhecendo que as taxas de juros praticadas no país são extorsivas, servindo para engordar os lucros dos que emprestam dinheiro e empobrecendo a força do trabalho e do capital produtivo, conclui pela auto-aplicabilidade da limitação constitucional das taxas de juros.

Em seu voto, o Ministro Paulo Brossard sustenta, em suma, ser o dispositivo em questão auto-aplicável porque é norma proibitiva, e que se esgota em si mesma, não carecendo de norma reguladora para que se exprima o que nela se contém, e realizar tudo o que exprime. Refere desimportar a não definição, pelo constituinte, do conceito de juros reais, que afirma ser o juro propriamente dito, remuneração do dinheiro (o resto, não é juro). Trata-se de conceito vulgar, diz o ilustre gaúcho, e por isso o legislador a ele aludiu, sem o definir, por supô-lo conhecido. E, para contrapor o terror feito por muitos, sobre o caos que adviria ao país, em caso de aplicação da limitação dos juros, indaga do que será feito quando da edição da lei complementar, pois por certo o legislador não poderá dispor de forma diversa daquela estampada na Carta Magna. Finaliza, ressaltando: "Se eu fosse legislador é possível que não incluisse o preceito em tela na Constituição; mas eu, que já fui, deixei de sê-lo. Agora, como juiz,

não faço leis, antes lhes devo obediência e precipuamente à Lei Maior, goste ou não goste de suas regras, devendo dar-lhes honesta e leal aplicação" - (o grifo é meu).

Finalmente, o voto do Ministro Néri da Silveira, na época Presidente da Corte Suprema, manifestou-se no sentido de ver, no dispositivo em comento, dois comandos, de natureza distinta: um de índole civil, que trata especificamente da limitação dos juros, e que tem aplicação imediata; outro, de natureza penal, que remete à legislação ordinária. Refuta a alegação de muitos, no sentido de que a dificuldade em conceituar juros reais estaria a impedir a incidência, de pronto, da limitação, sustentando que, de qualquer forma, caberia sempre ao Judiciário dizer, quando da edição da lei complementar, se o conceito por ela utilizado está de acordo com a vontade do Constituinte, como coube ao STF a função de conceituar, no âmbito da desapropriação, justo preço ou justa indenização. *Diz que inúmeros são os dispositivos e conceitos inseridos na Constituição cujo conteúdo é objeto de longa e larga controvérsia; nem por isso deixam de estar em vigor* - (grifei).

A princípio, assentada a posição da Corte Suprema, todos os demais juízes e Tribunais a ela deveriam curvar-se, não por disposição constitucional ou legal, mas especialmente para colocar fim aos inúmeros litígios ainda hoje existentes sobre questão tão tormentosa. Entretanto, mister se deixe claro que o trabalho de *formiguinha* dos magistrados de primeiro grau e mesmo de alguns Tribunais, isoladamente, muitas vezes pode alterar posição jurisprudencial consolidada, até mesmo uma Súmula. Veja-se, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça, com seu enunciado nº 84, colocou por terra a Súmula nº 621 do Supremo Tribunal Federal. O mesmo fez, parcialmente, com a Súmula nº 121, ao editar a de nº 93. Da mesma forma, o STJ definiu, na sua Súmula nº 93. Da mesma forma, o STJ definiu, na sua Súmula nº 60, a nulidade da obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, quando a jurisprudência majoritária, inclusive do STF, inclinava-se em sentido contrário.

Certo que a posição do Supremo Tribunal Federal, a respeito da questão ora em apreço, foi, ainda, mudada, mesmo porque emanou do Tribunal que tem a missão constituinte de interpretar a própria Lei Maior. Então, ao intérprete não se impõe obediência ao STF, ainda mais porque a mesma Corte, em julgamento de questão quase que tica, optou por solução diametralmente esta. Sabe-se que o STF decidiu pela auto-aplicabilidade do disposto no artigo 201, parágrafos quinto e sexto⁴, da Carta Magna, quando seu *caput*, à semelhança do *caput* do artigo 192, existe referência expressa à lei ordinária.

A simples distinção entre lei ordinária, no primeiro caso, e lei complementar, no segundo, não justifica julgamento totalmente diverso. Se a referência à lei complementar, no texto do artigo 192, fez o STF entender pela necessidade de regulamentação, para vigência de seu parágrafo terceiro, justo pela subordinação deste àquele, então, a remissão à lei oraria, no *caput* do artigo 201, deveria levar à mesma conclusão, qual seja, a de necessidade de edição da citada lei ordinária para a entrada em vigor dos parágrafos quinto e sexto deste dispositivo.

De observar que, no julgamento do RE 413-6-SP, proferido pelo plenário do STF, minente relator, Ministro MOREIRA VES, em seu voto, sustenta que a necessidade de regulamentação, pela lei referida no texto do art. 201 da Carta Magna, atinge apenas os incisos que lhe seguem, não os parágrafos ainda mais porque em alguns deles há reserva expressa de que alguns deles dependem de regulamentação pelo legislador (parágrafos primeiro e segundo). Cita, inclusive, para fundamentar seu posicionamento, magistério de Rui Barbosa⁵, no sentido de que a norma proibitiva encerra em si mesma tudo quanto é mister, para que desde logo se torne obrigatória a proibição, embora a sanção contra o ato, a violar, ainda não esteja definida. Se uma instituição proíbe formalmente certos e determinados atos, a prática de qualquer deles transgredir, ipso facto o preceito constitucional; porquan-

to a interdição, como interdição, na medida traçada pelos seus termos, é cabal quanto à obrigação, que, juridicamente, estabelece erga omnes, de ser respeitada.

Esse raciocínio, que é juridicamente correto, não foi o mesmo, lamentavelmente, adotado no julgamento da ADIN 4-7-DF, embora a hipótese em apreciação fosse idêntica. Note-se que, assim como o parágrafo quinto do art. 201 da CF, o parágrafo terceiro do art. 192 também está, em verdade, desvinculado de seu *caput*, e a referência à lei, constante no final desse, diz com respeito à criminalização da usura. Mesmo porque, é sabido, não se pode instituir norma penal por lei complementar, somente por lei ordinária. Se o Constituinte referiu-se à lei, e não à norma complementar, é porque a restrição ali constante diz respeito ao crime de usura, não à primeira parte do parágrafo terceiro. Destarte, se o próprio STF entra em contradição, no julgamento de questões tão importantes, não pode exigir respeito absoluto às suas decisões.

A limitação constitucional dos juros é auto-aplicável. Em primeiro lugar, porque, admitindo-se o contrário, estar-se-ia a permitir que o legislador ordinário frustrasse a vontade do constituinte, deixando de aplicar norma constitucional clara e discutível, bastando, para tanto, a não edição da citada lei complementar, como fez até hoje.

Além disso, a jurisprudência do Tribunal de Alçada do Estado, de forma quase unânime, orienta-se no sentido da auto-aplicabilidade do dispositivo, entendendo necessária a lei, apenas, para a tipificação do crime de usura⁶. Todos esses julgados, proferidos por uma das Cortes mais conceituadas do País - de cujos quadros saíram eminentes juristas - Ruy Rosa do de Aguiar Júnior, hoje Ministro do STJ, e os Desembargadores Adroaldo Furtado Fabrício, Sérgio Gischkow Pereira, Ruy Armando Gessinger, Arnaldo Rizzardo, etc -, apóiam-se no entendimento de que a norma do artigo 192, parágrafo terceiro, da Carta Magna, é suficiente em si mesma, e não carece ser regulamentada para sua aplicação imediata, justo

porque contém, nela própria, todos os elementos necessários à sua pronta vigência.

Da mesma forma leciona o Des. Arnaldo Rizzardo⁷, citando voto do juiz Costa de Oliveira, do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (Apel. 413.456-5, Oitava Câmara, 22.11.89, RT 649/108-109): *Mas, mesmo que a lógica do redator, ou redatores, seja mais perfeita, nada impede que a regra do parágrafo seja restritiva do que consta no caput. Vejamos dois exemplos da Constituição anterior (CF/67, Emenda 1/69): a) no artigo 16 dizia-se que os controles externos sobre o Município dependiam de lei; no parágrafo terceiro fixaram-se limites populacionais e financeiros para instituição de tribunal de contas no Município. Ora, ninguém terá tido a ousadia de pensar que a limitação constitucional posta no parágrafo terceiro dependia de lei prevista no caput; b) no caput do artigo 17 foi dito que a organização administrativa do distrito federal, dependia de lei. No parágrafo segundo estabeleceu-se que o governador seria nomeado pelo Presidente da República. Não houve quem arriscasse-se esta esdrúxula hermenêutica a respeito da regra: que a nomeação do governador (chefe do executivo) também dependesse da lei referida no caput do artigo 17.*

3. Da vigência do artigo primeiro do Decreto nº 22.626/33, também para as instituições financeiras

Ainda que não se entendesse auto-aplicável o dispositivo constitucional limitador das taxas de juros, é de se observar existir norma ordinária - Dec. 22.626/33, artigo primeiro - a proibir a cobrança de juros superiores ao dobro da taxa legal, ou seja, acima de doze por cento ao ano. Certo, existe a Súmula nº 596 do STF, que dispõe não se aplicar às instituições financeiras citada limitação, estando elas livres para cobrar quaisquer taxas, desde que autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional. Entretanto, tal enunciado - nº 596 - do STF baseia-se em interpretação equivocada, da citada lei do mercado de capitais, na medida em que o dispositivo que estaria a autorizar a cobrança de juros acima de doze por cento ao

ano - Lei 4.595/64, artigo quarto, inc. IX -, em verdade, usa o verbo *limitar*, não aumentar. Limitar significa reduzir, restringir, diminuir. Tanto que o inciso em questão, em sua parte final, refere que essa limitação destina-se a assegurar taxas favorecidas a determinados financiamentos. Se é assim, conclui-se que o objetivo do legislador foi, justamente, o de restringir os encargos praticados pelos bancos, não de conceder ao CMN uma carta de alforria, permitindo a cobrança de juros abusivos.

Mesmo entendendo que o verbo *limitar* estaria ali não no sentido de reduzir, mas sim de autorizar o CMN a fixar qualquer taxa, tal disposição, por constituir em delegação do poder legislativo a um mero órgão do Poder Executivo, seria frontalmente constitucional. Para que se entendesse realmente não vigente, em relação às instituições financeiras, a limitação dos juros prevista no Decreto nº 22.626/33, haveria de constar, na Lei 4.595/64, disposição expressa nesse sentido, não bastando simples delegação constitucional ao Conselho Monetário Nacional.

A esse respeito bem escreve o eminente Des. Arnaldo Rizzardo⁸. Refere que o tratamento dado pelo STF, ao proclamar o enunciado nº 596, é ilegal, discriminatório e injusto. Diz que as taxas de juros estão previstas em lei. *É ignominioso deixar ao arbítrio de um órgão federal a decisão de estabelecer os patamares dos juros, tolhendo qualquer poder de deliberação do mutuário e ferindo o princípio da consensualidade e da bilateralidade do contrato. Diante da natureza adesiva deste tipo de negócio, fica a parte na contingência de submeter-se às decisões impostas pelo banco, sob pena de não conseguir o mútuo.* Esta mesma posição está estampada pelo Tribunal de Alçada local em alguns julgados.⁹

4. Razões outras a justificar as duas teses

Existem argumentos de natureza econômica para defender-se a auto-aplicabilidade da limitação constitucional dos juros em 12 por cento ao ano e a vigência da lei de usura, também para as instituições financeiras. As taxas

juros elevadas, que são praticadas pelo sistema financeiro pátrio, são, nada mais, nada menos, uma forma - institucionalizada, infelizmente - de transferir-se renda de muitos para mãos de uns poucos, aumentando ainda mais a fortuna de que esses dispõem, às custas da miséria do grande contingente populacional brasileiro. É sabido, quem mais sofre com as altas de juros elevadas não são os ricos; estes, normalmente têm posses para poupar, auferir juros elevados e depois consumir à vista. Já os pobres, por não possuírem renda suficiente para comprar à vista, têm de se sujeitar quase sempre ao crediário, onde os juros reais são realmente altos. Por óbvio, esses juros, pagos pelos pobres, são transferidos para os ricos que, na outra ponta, estão a emprestar dinheiro aos bancos e demais entidades financeiras.

Sabe-se, também ser impossível pretender-se a estabilidade de uma economia, quando o fluxo do dinheiro bancário, muitas vezes, supera a casa dos trinta por cento ao ano, em juros reais, ao passo que, nos países desenvolvidos, praticam-se taxas de juros inferiores a doze por cento ao ano. Aliás, cumpre ressaltar que, se permanecerem as taxas de juros em níveis elevadíssimos, como os atuais, o plano econômico, recentemente implementado, está fadado ao insucesso, pois ninguém poderá manter estáveis os preços, por um longo período. Mesmo porque não existe atividade econômica que consiga render o suficiente para pagar os juros cobrados pelo sistema financeiro nacional.

Segundo o eminente Des. Sérgio Gischkow reira¹⁰, *Juros elevados são ótima forma de permanecer o quadro de miséria, fome e desnutrição e assola o Brasil. Terça parte de nossa população integra a miséria nacional; dois milhões de crianças, de dez até quinze anos, estão entregues à prostituição, dos 66 milhões de brasileiros - dos que têm menos de dezoito anos - 45 milhões aniquilam-se em condições infra-humanas; 25 milhões vivem em condições de alto risco, 15 milhões são de estropiados pela desnutrição, enquanto 12 milhões vivem em total abandono* (Levantamento da UNICEF, noticiado

por Franklin de Oliveira, em Revista SENHOR, 11.8.87, p.81).

5. Conclusão

Concluindo, afirmo que o ordenamento jurídico pátrio proíbe a cobrança, também em contratos bancários, de juros reais - encargos financeiros acima da desvalorização da moeda - superiores à taxa de doze por cento ao ano, aí incluídas todas as comissões, taxas, tributos, etc., devidas em função da concessão do crédito, exceto o Imposto sobre Operações Financeiras.

Cabe ao Judiciário, no dizer do Juiz de Alçada João Pedro Freire, "participar, com independência e probidade dessa transformação, que resultará no cumprimento da Constituição e na retomada da ordem jurídica a seus melhores dias, com os juros sob controle e cassados os privilégios equivocadamente criados pela jurisprudência em favor de instituições que já dispõem de força de pressão descomunal, em detrimento de todos os setores de produção submetidos à sua ganância e cupidez."¹¹

Notas

1. Economia Brasileira, Uma Introdução Crítica, Ed. Brasiliense, 6a. Ed., 1987, p. 119 a 122.

2. O acórdão, no que interessa ao estudo, foi assim ementado:

"6. Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (artigo 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no caput, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo terceiro, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do caput, dos incisos e parágrafos do artigo 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.

7. Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do parágrafo terceiro sobre juros reais de 12% ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Fi-

nanceiro Nacional." (julgada em 07.03.91, Relator o Ministro SIDNEY SANCHES, DJU de 25.06.93, ementário 1709-01).

3 Segundo o estudo do BACEN a respeito, citado pelo Relator do acórdão, seriam as seguintes as consequências da aplicação imediata da limitação dos juros em 12% ao ano:

a) desintermediação financeira, ou seja, realização de operações típicas de instituições financeiras fora do Sistema Financeiro Nacional (formação de mercado formal de crédito);

b) perda de transparência no nível praticado de taxas de juros, na medida em que as instituições financeiras passariam a exigir maior reciprocidade dos clientes;

c) desestímulo à poupança financeira, em particular no que se refere às aplicações de longo prazo, que exigem taxas de juros flexíveis de acordo com os riscos envolvidos;

d) estímulo ao endividamento;

e) fuga de capitais das aplicações financeiras para operações especulativas, como ouro e dólar paralelo, e para ativos reais, com alterações desejáveis nos seus preços relativos, bem como para aplicações no exterior;

f) dificuldades na condução da política monetária pelo Banco Central, pela impossibilidade criada de manejar adequadamente as taxas de juros;

g) aumento do risco de hiperinflação;

h) compatibilidade com o sistema de taxas flutuantes que vigora no mercado financeiro internacional, impedindo o acesso do Brasil a esse mercado, bem como inviabilizando contratos já existentes;

i) necessidade de aplicação de uma política fiscal mais apertada, dada a dificuldade de financiamento interno e externo;

j) compatibilidade com o atual nível de tributação sobre as operações financeiras (ativas e passivas).

4 RE 159.413-6-SP (Plenário, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, julgado em 22.09.93, DJU 26.11.93, p. 25543), Agravos Regimentais nº 147.972-9-SC (Primeira Turma, Relator o Ministro ILMAR GALVÃO, DJU de 01.07.93, 148.401-3-RS, DJU de 26.03.93), 148.401-3-RS (Segunda Turma, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJU de 26.03.93), 162.170-3-SP (Segunda Turma, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJU de 11.06.93), 147.470-0 (Primeira Turma, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 20.08.93), 149.953-3 (Primeira Turma, Relator o Ministro ILMAR GALVÃO, DJU de 01.07.93), 151.108-2 (Segunda Turma, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJU de 25.02.94), 152.407-4 (Segunda Turma, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJU de 10.09.93), 152.797-9 (Primeira Turma, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJU de 03.09.93), 152.805-3 (Primeira Turma, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJU de 03.09.93), 162.533-4 (Primeira Turma, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJU de 15.04.94), 162.569-5-SP (Primeira Turma, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJU de 06.05.94).

5 Comentários à Constituição Federal Brasileira, vol. II, pág. 481, Saraiva & Cia., São Paulo, 1933.

6 Apelações Cíveis nº 190028993 (Segunda Câmara Cível, julgada em 02.08.90, Relator o hoje Des. Waldemar Luiz de Freitas Filho), 191181171 (Oitava Câmara Cível, julgada em 30.06.92, Relatora, vencida, a Dra. Maria Berenice Dias), 192000610 e 192000586 (Sexta Câmara Cível, julgadas em 16.04.92, Relator o Dr. Moacir Adiers), 191033182, 191033190 e 191036128 (Sexta Câmara Cível, julgadas em 03.10.91, Relator o Dr. Moacir Adiers), 191092295 (Sétima Câmara Cível, julgada em 02.10.91, Relator o hoje Des. Flávio Pâncaro da Silva, JULGADOS 80/200), 191069590 (Sexta Câmara Cível, julgada em 26.09.91, Relator o Dr. Moacir Adiers, JULGADOS 80/357 - ementário), (Quarta Câmara Cível, julgada em 06.05.93, Relator o Dr. Moacir Leopoldo Haeser, JULGADOS 86/350), 191033190 (Sexta Câmara Cível, julgada em 03.10.91, relator o Dr. Moacir Adiers, JULGADOS 81/136), 191111798 (Sétima Câmara Cível, julgada em 18.09.91, relator o Dr. Antonio Dall'Agnol Júnior, JULGADOS 81/176), 191129287 (Sexta Câmara Cível, julgada em 28.11.91, Relator o Dr. Moacir Adiers, JULGADOS 81/207), 191150515 e 191535519 (Segunda Câmara Cível, julgadas em 19.12.91, Relator o Dr. João Pedro Pires, JULGADOS 81/314 e 327), Embargos Infringentes nº 191066273 (Primeiro Grupo Cível, julgados em 08.05.92, Relator o Dr. Juracy Vilela de Sousa, JULGADOS 84/356), 191122019 (Primeiro Grupo Cível, julgados em 14.08.92, relator designado o Dr. Juracy Vilela de Sousa, JULGADOS 85/132), e Agravo de Instrumento nº 190083691 (Primeira Câmara Cível, julgado em 04.09.90, Relator o hoje Des. Luiz Felipe Azevedo Gomes, JULGADOS 75/156).

7 Contratos de Crédito Bancário, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª ed., p. 271/272).

8 JUROS NO MÚTUO BANCÁRIO, em artigo publicado na Revista AJURIS, 42/158-163 e também na obra citada, p. 265 e seguintes.

9 Apelações Cíveis nº 191150515 e 191535519 (Segunda Câmara Cível, julgadas em 19.12.91, Relator o Dr. João Pedro Pires, JULGADOS 81/314 e 327), 191036920 (Terceira Câmara Cível, julgada em 15.05.91, Relator o Des. Arnaldo Rizzardo, JULGADOS 78/298), 191123942 (Terceira Câmara Cível, julgada em 16.10.91, Relator o Des. Arnaldo Rizzardo, JULGADOS 80/315) e 192166437 (Nona Câmara Cível, julgada em 25.08.92, Relator o Dr. João Adalberto Medeiros Fernandes, JULGADOS 84/324).

10 Tese apresentada no VIII Encontro Nacional de Tribunais de Alçada, sob o título "Limite Constitucional dos Juros Reais", aprovada por maioria (13x4), publicada nos anais do citado encontro, p. 95/106, publicação da Diretoria da Revista de Jurisprudência e outros impressos do Tribunal de Justiça do RS.

11 Apelação Cível nº 191176478, Segunda Câmara Cível do TARGS, julgada em 30.04.92.

Pode-se melhorar o ensino do Direito?

Ecos do Seminário Nacional dos Cursos Jurídicos

Ely Souto dos Santos

Professor Titular, Mestre em Antropologia Filosófica, Doutor em Ciências Sociais, Livre Docente em Filosofia Social, Doutor em Direito, Livre Docente em Direito do Trabalho.

SUMÁRIO

1.0. Introdução; 2.0. Seminários regionais dos cursos jurídicos; 3.0. Seminário nacional dos cursos jurídicos; 4.0. Uma avaliação empírica de nossa faculdade; 5.0. Conclusão.

Abstract

This paper is about the controversial theme of improving the teaching in the courses given by our laws Schools.

The results of such preoccupation were the three Regional Seminars, and one national seminar, on Evaluating and Improving the Quality of Laws Teaching.

The diagnosis - The good aspects, the errors, deficiencies, expectations - the conclusions and suggestions were registered on the following pages, with the comments that the author deems to be pertinent, lconsidering Mr. Ministry of Education latest manifestations about the subject.

1.0. Introdução

Não é de hoje a queixa geral da má qualidade do ensino das escolas brasileiras. Debruçando-nos sobre o assunto, surgem de imediato três perguntas: a primeira, é se o ensino já teve melhor qualidade. A segunda seria a de saber o porquê da decadência. E terceira será a de saber, em caso de respostas positivas às duas anteriores perguntas, o que se pode fazer para sanar as deficiências.

1.1. A primeira, pode ser respondida dizendo-se que o ensino já foi melhor. Todos os

egressos das Faculdades de Direito dos anos 50 experimentam a nostalgia dos bons tempos do ensino, com grandes professores. A palavra nostalgia tem de ser reinterpretada: ela não é literalmente uma saudade ou um retorno ao passado. Não. Ela representa uma idealização do passado, ela representa a saudade daquilo que não aconteceu. Ela representa, na verdade, um passado que a gente gostaria que tivesse sido assim como está sendo evocado, agora¹. Portanto, de fato, o ensino não foi melhor ou muito melhor do que agora. As ciências e técnicas do ensino têm progredido. E o suposto é que o ensino de agora tem mais probabilidades de ser melhor em relação ao do passado. Também, a maior quantidade de informações e publicações sobre o ensino, dá maiores chances de os professores atuais serem mais eficientes do que os antigos. Então, pergunta-se, como alguém pode afirmar que o ensino de nossas Faculdades de Direito foi melhor?

A resposta encontra-se, mais na sociologia do que na pedagogia. A escola de nosso tempo era extremamente seletiva². Muito poucos tinham acesso à Universidade. E, estes poucos eram bons. Basta que se verifiquem as estatísticas de matrículas e evasão escolar, desde o 1º ano do 1º grau (naquele tempo, chamado de curso primário) para constatar que muito poucos brasileiros iam à escola e que, daqueles que ingressaram no 1º ano do curso primário,

numa mesma turma, somente um ou dois chegavam à universidade. Porém, dos que chegavam à Universidade, quase todos a concluíam. Disto se sabe porque os grupos de amigos e de estudos se formavam no primeiro ano de curso e iam até à formatura. As Faculdades eram povoadas pelos filhos das chamadas famílias tradicionais. Estes, e mais alguns filhos da *plebe*, por exceção, povoavam os bancos universitários. Constituíam uma elite de alto nível intelectual. Os professores, idem, recrutados entre os luminares da sociedade. Mas, acabavam sendo exceções que não correspondiam às necessidades de uma sociedade de massas, emergente. Ademais, o estudo era uma alternativa de lazer, em casa. Não havia a concorrência imperial da TV. Afora o cinema, alguns bares, o namoro em duas ou três noites predefinidas, o assunto dos estudantes - poucos trabalhavam - eram os assuntos de aula ou políticos.

1.2. À segunda pergunta, responde-se que a decadência do aproveitamento escolar, deve-se, perdoem-nos a assertiva, ao esforço - que ainda continua - de democratização de ensino, da escola para todos, da universalização do conhecimento³. O acesso à escola a todos é uma idéia por demais generosa para receber críticas. Mas, sua implementação requer mais que discursos, requer, essencialmente, recursos. Recursos humanos e materiais. Custa muito dinheiro. E dinheiro é escasso em qualquer parte do mundo, mormente nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, onde tudo está por fazer; onde a pobreza relativa ou absoluta demanda do Estado, praticamente, tudo, em termos de saúde, alimentação, habitação, educação. Se tomarmos em consideração, apenas o quinteto da sobrevivência com dignidade: saúde-alimentação-vestuário-habitação-educação, o ensino tem a prioridade 5. Mesmo num Estado que se proponha priorizar as necessidades técnico-científicas, a educação é prioridade 5.

A constatação de Teillard de Chardin de que *para pensar é preciso comer* complementa-se afirmando que *para comer é preciso produzir*. A falta de recursos, Goering propunha ao povo alemão *ou canhões ou manteiga*, um ou outro, não ambos. Tudo porque os recursos sempre serão menores do que aqueles que se fazem urgentes, necessários.

Para uma sociedade de massas que aspira a democracia, o resultado está à vista. O vestibular que antes era seletivo, não se importando com sobra de vagas e alunos, mas tão somente com a performance alcançada no vestibular, passou a ser classificatório, para preencher todas as vagas oferecidas, não se interessando pelas notas atribuídas aos candidatos, contanto que fossem diferentes de zero. Logo, em seguida, veio o segundo clamor, o de aumento de vagas. Logo, a seguir o de aumento de estabelecimentos de ensino. Logo em seguida, o da interiorização do ensino universitário. Concomitantemente, os cursos noturnos, e até, os cursos de fim de semana e aqueles de férias. E não faltou uma lei obrigando indiretamente o aproveitamento de candidatos até o limite de vagas, nas universidades públicas pois do contrário as vagas não preenchidas pelos vestibulandos poderiam ser ocupadas por militares independentemente de prestação de concurso vestibular, naquela faculdade. Foi a oficialização do "paraquedismo", fossem eles da ativa, da reserva, ou até mesmo cassados.

Com o vestibular classificatório, deixaram de existir provas difíceis ou fáceis, salvo para os cursos de grande procura, v.g., o de direito. O padre Vasconcellos, então presidente do Conselho Federal de Educação chegou a sustentar a tese da *irreprovabilidade* no concurso vestibular, argumentando que o candidato para obter nota zero, ao contrário das expectativas, teria de saber tanto que fosse capaz de assinalar todas as respostas erradas, de propósito. Do contrário, ainda que quase analfabeto, ao assinalar uma resposta para cada pergunta, mesmo ao acaso, acabaria por acertar algumas respostas⁴.

Na Grande Porto Alegre, por exemplo, há 5 Faculdades de Direito⁵. Os vestibulares programados de modo a não coincidirem nas e/ou horários de provas. E as provas das matrículas, em algumas delas se iniciam após a publicação das notas de outras. Funam como se fosse uma sucessão de redesca superpostas. Os peixes mais inteligentes, melhor, os alunos - e/ou mais preparados ficariam na primeira rede; os não tão preparados ficariam na seguinte; os menos preparados ficariam na terceira rede; e, assim, por te, até o aproveitamento total de vagas oferecidas por todas as faculdades. Disto se pode deduzir, facilmente, que nem os alunos têm o mesmo preparo; que as várias faculdades, v.g., a federal, especialmente, por ser gratuita e tradicional, fica com alunos que foram capazes, por suposto, de as melhores provas e, por consequência, faz de formar os melhores profissionais. Não significa dizer que as outras não contam com bons alunos. Contam, mas não na mesma proporção. Também, não se pode esquecer de outros fatores, além de alunos bem preparados: precisam-se de alunos disponíveis, bons professores e de boas instalações. Logo, que o bom ensino repousa neste tripé: alunos disponíveis, bons professores disponíveis e boas instalações disponíveis.

2.0. Seminários regionais dos cursos jurídicos

O que se pode fazer com os alunos que se tem com os professores que se tem e com as instalações que se tem, foi o objeto do Seminário Nacional dos Cursos Jurídicos, que se realizou em Brasília, nos dias 6 e 7 de dezembro reunindo representantes das Faculdades de Direito, promovido e coordenado pela Comissão de Especialistas de Ensino de Direito da SESU/MEC, que vamos analisar sucintamente, a seguir.

Houve três seminários regionais, preparatórios, todos, preocupados com a *elevação da qualidade e avaliação do ensino*:

2.1. O primeiro, em Porto Alegre, nos dias 5 e 6 de abril de 1993 - I Seminário de cursos Jurídicos da Região Sul - com apoio do Instituto dos Advogados do RGS, da Ordem dos Advogados do RGS e da PUC/RS, realizado no Campus da PUC/RS⁶.

Fizeram-se presentes 9 universidades do Rio Grande do Sul (dentre 18 convidadas). Através de conferencistas, participaram, ainda, duas Universidades do Paraná, uma de Santa Catarina, uma de São Paulo e outra de Alagoas. As delegações compunham-se de representantes da direção, do corpo docente e de entidades estudantis. A Comissão de Especialistas em Ensino de Direito, tinha como presidente, o Dr. Silvino Joaquim Lopes Neto, que é também conselheiro federal de educação, e professor dos cursos de mestrado da UFRGS e da PUC/RS.

Após as conferências, os participantes dividiram-se em dois grupos de debates: Parâmetros de Qualidade e Avaliação Institucional.

2.1.1. O grupo que estudou e debateu o tema Parâmetros de Qualidade, chegou às seguintes recomendações:

- a) recrutamento de professores, inclusive, nas entidades particulares, mediante concursos públicos de provas e títulos;
- b) não admissão de professores, doravante, sem título de pós-graduação, ao menos de especialização, inclusive os professores substitutos;
- c) condicionar a abertura de novos cursos à existência de corpo docente habilitado e à existência de biblioteca, com um mínimo de 10.000 títulos de obras publicadas no decênio, além de periódicos atualizados;
- d) maior rigor qualitativo na seleção dos alunos e um limite ao número deles, 50 por aula, no máximo;

e) unificação do tronco comum dos currículos plenos, incentivando o maior intercâmbio entre os estabelecimentos de ensino, os quais deverão informatizar os cursos de direito, com vistas à troca de dados e informações com outras instituições;

f) fixação do tempo mínimo de 5 anos, para a conclusão dos cursos diurnos; e, de um período mínimo de 6 anos para os cursos noturnos, limitando-se estes a até 4 h/aulas por noite;

g) pleitear a revisão da Resolução nº 033/72, no que tange ao tempo mínimo de duração dos cursos, à carga horária mínima, ao estágio e à residência jurídica;

h) e, por último, como não poderia deixar de ser, melhorar a remuneração dos professores, em valores proporcionais àquela que se pagam as demais carreiras jurídicas, v.g., à magistratura, ao ministério público e às procuradorias, mesmo nas faculdades particulares.

2.1.2. O grupo que estudou os critérios de avaliação institucional dos cursos jurídicos, chegou às seguintes conclusões e sugestões:

a) existência de Biblioteca organizada; necessidade já detectada no item 3.2;

b) necessidade de plano permanente de capacitação dos professores, recomendando-se um corpo docente composto, no mínimo 30%, de doutores ou mestres, fixando-se, ainda, um número proporcional de especializados;

c) exigência de produção científica e cultural dos professores, com publicações de livros ou trabalhos a serem publicados em revistas especializadas, de circulação nacional;

d) avaliação permanente e periódica do corpo docente, do curso e da instituição, interpares e também pelos alunos, em cada período letivo. Estas avaliações devem vincular-se à pesquisa na área de ciências humanas, colimando evitar distorções na interpretação dos seus resultados;

e) proporcionar maior intercâmbio de professores e alunos, com outros cursos jurídicos;

2.2. O II Seminário Regional dos Cursos Jurídicos realizou-se em Recife, nos dias 21 e

22 de junho de 1993, no campus da Universidade Federal de Pernambuco-UFPE (sessões plenárias) e na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP (grupos de trabalho), com a participação de 16 entidades, sendo: 2, de Pernambuco; 2, do Ceará; 2, do Pará; Piauí, Bahia, Paraíba, Rio Grande do Norte, todos com uma Faculdade. Através de conferencistas convidados: Rio Grande do Sul, 2; São Paulo, Rio de Janeiro, Alagoas e Brasília, cada um com uma faculdade. Todas as Instituições se fizeram representar por diretores, professores, alunos e entidades discentes. Fizeram-se presentes Fundação Joaquim Nabuco, Colégio Brasileiro de Faculdades de Direito, Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Pernambuco e Instituto dos Advogados de Pernambuco⁷.

2.2.1. Os participantes dividiram-se em dois grupos, mas as conclusões e sugestões foram reunidas nas sessões plenárias:

a) reavaliação dos cursos jurídicos a cada 5 anos, cessando a autorização ou o reconhecimento àqueles que não preencherem os requisitos estabelecidos no procedimento de sua avaliação;

b) avaliação dos cursos que objetive a elevação do padrão de qualidade, sem discriminações quando da distribuição de recursos públicos;

c) articulação entre o ensino teórico e o prático, com o fortalecimento dos laboratórios de Prática Forense;

d) exigência de apresentação de monografia para conclusão do curso de direito, elaborada com professor orientador e defendida perante banca examinadora;

e) fixação de duração mínima de 5 anos (ou 3.000 horas) para término do curso; alunos limitados a 50 por sala de aula; biblioteca com, no mínimo 10.000 volumes (tudo conforme o sugerido no I Seminário);

f) Implementação de mecanismos de avaliação, interna e externa; auto avaliação; intercâmbio entre as instituições de ensino, com

tas à padronização dos instrumentos de avaliação;

g) incentivar uma estrutura de ensino crítica que partindo das situações políticas e sociais onde o profissional for atuar, atinja a reflexão teórico-doutrinária com vistas às transformações sociais e possibilite a elaboração de uma proposta pedagógica para uma sociedade democrática;

h) maior ênfase às disciplinas de sistematização e de vocação, tais como Teoria Geral do Direito, Sociologia Jurídica, História do Direito e Filosofia do Direito;

i) transdisciplinariedade na abordagem dos diversos conteúdos programáticos;

j) ênfase na realização de seminários e estudos de caso, vinculados aos temas curriculares;

k) estabelecimento de sub-comissões Regionais de Especialistas em Ensino de Direito. Embora, a proposta tenha sido condicionada para as Regiões Norte e Nordeste, é válida para as demais regiões;

1) proposta ao Conselho Federal de Educação, para que indique todas as variáveis e fixe diretrizes gerais para o ensino de direito.

2.3. o III Seminário Regional dos Cursos Jurídicos realizou-se em São Paulo, nos dias 25 e 26 de outubro de 1993, na Faculdade de Direito da USP, universidade que patrocinou o encontro, juntamente com o Colégio Brasileiro de Faculdades de Direito, da OAB/SP, Instituto dos Advogados de São Paulo, da Associação dos Advogados de São Paulo, da Escola Paulista de Advocacia Pública, da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, da Escola Paulista do Ministério Público e do Centro Acadêmico XI de Agosto, e apoio da Universidade Cidade de São Paulo-UNICID⁸.

Participaram 78 delegados, inúmeros observadores, 39 Faculdades convidadas e mais 8 participantes, 31 representantes de Instituições. As delegações estavam compostas de representantes de direção, do corpo docente e entidades estudantis.

Pela manhã do dia 25, os trabalhos se iniciaram com Painel, composto pelos professores

Ada Pellegrini Grinover (USP), Álvaro César Iglesias (PUC-Campinas) e juiz de direito José Renato Nalini (Escola Paulista de Magistratura, sob a coordenação do Prof. Antonio Junqueira de Azevedo) Diretor da Faculdade de Direito de São Paulo que, apresentando temas, delinearão propostas concretas ao debate.

A tarde, os participantes dividiram-se em três grupos de estudo, cujas conclusões foram levadas à sessão plenária, realizada no dia 26, como segue:

2.3.1. Grupo I - Elevação da qualidade

a) redução do número de alunos por classe;

b) duração do Curso, para um mínimo de cinco e o máximo de oito anos, num total mínimo de 3.300 horas, de atividades didática. Os cursos noturnos não poderão ter mais de 4 horas/aula por noite e duração de 6 anos;

c) dissertação obrigatória, com orientador, defendida perante Banca Examinadora;

d) Biblioteca informatizada, com aferição do número de consultas;

e) embasamento humanístico, com ênfase nas disciplinas: filosofia pura, filosofia do direito, sociologia do direito;

f) capacitação docente, devendo ser exigido dos professores, ao menos, cursos de especialização. E, isto na impossibilidade de contratar mestres e doutores;

g) avaliação institucional, permanente, acauzelando-se no uso do instrumental adequado;

2.3.2. Grupo II: avaliação interna e externa

2.3.2.1. Avaliação interna

a) do Corpo Docente que considere a produção científica e profissional há de ser feita pelo Departamento (pesquisa, trabalhos na comunidade, com incentivo à reflexão e à criatividade), pelos cursos realizados (mestrado e doutorado), pelos trabalhos acadêmicos, publicações, pelo corpo discente, através de questionários, versando sobre: domínio da disciplina, clareza de exposição dos temas, didática, assiduidade, indicação de bibliografia, auxílio no estudo dos alunos;

b) do Corpo Discente: pelos professores (aprendizado da matéria lecionada, reflexão crítica e ética, capacidade de assimilação), pela OAB (durante o estágio), pelo Mercado de Trabalho (Exame de ordem, concursos públicos, devendo haver consultas às instituições sobre aprovações dos alunos de cada faculdade);

c) da instituição: a ser feita pelos corpos docente e discente, para perquirir das condições de ensino, carreira dos professores, sua remuneração, autonomia, etc..

2.3.2.2. Avaliação externa

a) dos cursos jurídicos, por outras instituições, solicitando delas os critérios, a metodologia e a finalidade das suas avaliações;

b) pela colocação dos seus alunos no mercado de trabalho;

c) por entrevistas e acompanhamento das atividades profissionais dos ex-alunos.

2.3.3. Grupo III - Reforma dos currículos

2.3.3.1. Grade curricular

a) o Curso Jurídico deve propiciar aos alunos uma sólida formação técnico-jurídica e sócio-política, com ênfase no Direito Público, face às dimensões atuais da cidadania, podendo as IES adotarem áreas de concentração especializadas, a partir do 8º semestre letivo;

b) na composição do currículo mínimo as IES devem incluir como novas, disciplinas de fundamentação teórica (Filosofia Geral, Filosofia do Direito, Sociologia Geral, Sociologia do Direito, Hermenêutica, Economia, História do Direito), disciplinas instrumentais (Metodologia Científica, Português, Linguagem Jurídica) disciplinas de conduta profissional e social (Ética Geral, Deontologia).

c) na composição do currículo pleno, sem caráter rígido, deve haver um núcleo comum, preferentemente até o sexto semestre. As disciplinas complementares devem ser oferecidas a partir do 8º semestre, para atender à vocação do curso e as demandas do mercado de trabalho. Na composição deste currículo, as IES

devem incluir como novas as matérias interdisciplinares, tais como Direito do Consumidor, Direito Ambiental e Direito da Infância e da Juventude.

2.3.3.2. Metodologia do ensino

a) as atividades didáticas dos Cursos Jurídicos devem compreender obrigatoriamente o ensino, a pesquisa e a extensão;

b) as atividades curriculares devem ter seminários temáticos e interdisciplinares, discussão de textos e outras modalidades;

c) sempre que possível, devem as IES desenvolver jornadas integrais de aprendizagem, do 1º ao 4º semestre letivo;

d) as disciplinas profissionalizantes devem dedicar parte de sua carga horária para a prática específica.

2.3.3.3. Avaliação dos alunos

a) as IES devem aplicar questionários, para saber dos corpos docentes e discente a expectativa quanto à qualidade do ensino;

b) as IES devem instituir a prova oral como complementar do desempenho do aluno;

2.3.3.4. Estágio

a) estágio obrigatoriamente supervisionado, atividades práticas necessárias às várias profissões jurídicas, a ser desenvolvido nos 4 últimos semestres, num total mínimo de 300 h/a; e, extinção da atual disciplina de Prática Forense;

b) o estágio extracurricular deve ter complementação de carga horária para os fins legais de inscrição na OAB.

2.3.3.5. Propostas do Plenário

a) instituição do Ano Sabático, para permitir aos professores tempo - após certo número de anos de docência - para que dediquem um período determinado à pesquisa, ao intercâmbio, ao desempenho de suas atividades em outras universidades ou instituições, com vistas ao seu próprio aperfeiçoamento;

b) os cursos de Pós-Graduação devem fixar critérios de avaliação da produção profissi-

dos docentes, para efeitos do processo de avaliação existente;

1.0. Seminário Nacional dos cursos Jurídicos⁹

Com as conclusões tiradas nos três seminários regionais, onde houve um acurado levantamento das falhas, anseios e necessidades das Faculdades de Direito, conforme às áreas e estão localizadas, a Comissão de Especialidades de Ensino de Direito partiu para o encontro nacional. Neste, além do congracamento das trocas de experiências locais, perdeu-se daquilo que é válido para todo o país, seja de um consenso sobre as lacunas e soluções para melhorar o ensino em nossas Faculdades de Direito, tanto oficiais quanto particulares, tanto das localizadas nos grandes centros quanto daquelas inseridas nas pequenas unidades.

Houve a comunicação de experiências bem dadas. Não faltaram queixas por falta de verba, por falta de recursos humanos, por falta de material, por deficiências de instalações. Os dias de reunião foram pouco, tal a diversidade de pronunciamentos. Mas foram o suficiente para cada um dos participantes avaliar a própria instituição, ao compará-la com as outras por seus colegas de outras paragens; otejar suas deficiências com a enumeração de problemas das outras; ao conferir seus êxitos e deficiências com tudo o que foi relatado pelos outros. Também, foram válidos estes dias, em que cada um desse sua contribuição aos colegas, dissesse daquilo que se estava fazendo, sua Faculdade. Foi o momento de as Faculdades de Direito serem ouvidas pelo MEC: ouvirem das autoridades educacionais as sugestões e providências do Governo, na busca constante de uma melhor escola, de uma melhor formação acadêmica.

3.1. Desenvolvimento dos trabalhos

Como não poderia deixar de ser, as conclusões e sugestões do Seminário Nacional fo-

ram uma confirmação dos seminários regionais, agora, com foros de consenso nacional. Houve comunicação de experiências, através de painéis.

Como já se disse, o Seminário Nacional reprisou as recomendações dos encontros regionais.

3.2. Avaliação

3.2.1. Avaliação dos alunos: pouco foi dito sobre isto. Como se sabe, cada escola e cada professor têm critérios próprios. Algumas escolas adotam graus numéricos, numa escala que varia de 0 a 10 ou de 0 a 100. Um grau a mais ou a menos pode dizer muito sobre memória ou *cola*, mas diz pouco sobre raciocínio e sobre conhecimento. Outras Faculdades, adotam conceitos, como a *fossa*, e o aproveitamento repousa sobre letras: A, B, C, D. Neste caso, pode-se simplificar a avaliação agrupando os alunos em: acima da média, na média, abaixo da média, e aqueles que não foram avaliados por falta de frequência. Esta avaliação é interna, pois ela, ainda que boa, leva em conta apenas os alunos de uma sala de classe e, quando, muito, de uma faculdade. Sem um cotejo com as demais casas de ensino, não diz e não pode dizer se o ensino é ou não de boa qualidade. E, mesmo, comparado com as demais faculdades, ainda não se pode dizer se o ensino do direito corresponde aos anseios da sociedade. Não se sabendo das necessidades e expectativas da sociedade, não se pode saber quais requisitos devem ser preenchidos para que o aluno do direito saia da escola apto ao exercício eficiente e útil de sua profissão. Não se pode esquecer que o ensino do direito abre um vasto espectro de profissionalização num mundo democrático: magistério, procuradorias administrativas (nos poderes executivo e legislativo, nos municípios, nos estados e na União) procuradorias judiciais, promotorias, magistraturas, tudo para o bom funcionamento dos três poderes. No campo da atividade privada, o ofício da advocacia exige que o profissional habilitado pela OAB tenha um preparo capaz de ombrear com

os melhores magistrados do país, já que sua atuação forense é indispensável à prestação jurisdicional. Além disso, o magistério jurídico e as assessorias profissionais devem estar à altura dos demais profissionais, pois, em suma, todo o mundo do direito gira ao redor do cumprimento das leis existentes e válidas no país.

Formar profissionais competentes e atualizados é mais que ensinar disciplinas jurídicas. Tem de haver ética e competência. Se há advogados ou juízes despreparados, como os há a causa desta incompetência deve ser buscada mais adiante do incompetente. Claro que quem não quer ou não pode aprender, é questão pessoal. Contudo, conceder-lhe um diploma de onagro advocatório, é questão institucional. Parece-nos indispensável que os alunos se auto-avaliem em cada disciplina, para que busquem em si mesmos as causas de má aprendizagem quando neles residem.

Quando, por exigência da universidade, tiverem de avaliar seus professores, pensamos que é salutar eles se auto-avaliarem, concomitantemente, para que se apercebam das deficiências dos corpos docentes e discente. Mas, é pouco. Não se pode esquecer que as causas de um mau ensino, também, repousam nas instalações onde ele acontece.

Daí, a necessidade de uma avaliação dos professores e das faculdades.

3.2.2. Avaliação dos professores

Os concursos públicos de provas e títulos já indicam a preocupação das escolas na triagem dos seus professores. Nada impede que as faculdades particulares adotem esta prática, que é exigência constitucional para as oficiais.

Exigir diplomas de pós-graduação, em tais concursos, demonstra maior preocupação, ainda. Lástima que os pós-graduados sejam escasos, de momento.

Pugnar por maior quantidade de cursos de pós-graduação, de boa qualidade e só de boa qualidade, parecer ser o princípio de solução para a qualidade do ensino. Porém, isto não basta, é preciso que os pós-graduados amem trabalhar nos cursos de graduação, coisa que

não é tão óbvia, como deveria ser. A tendência que se vem constatando, infelizmente, é a do *encastamento*, pós-graduados lecionando para pós-graduandos e/ou dedicando-se a pesquisas que nem sempre atendem aos interesses prementes do ensino. Muitas vezes, o professor ensina aquilo que lhes interessa, numa pesquisa, mas não o que interessa à formação profissional do aluno. Outras vezes, o professor desempenha atividades fora da escola - que entendemos crucial, porque o mundo está lá fora e é de lá que vem a experiência existencial - mas descarta dos seus pupilos, ou ministrando péssimas aulas, ou comparecendo poucas vezes, ou fazendo passar o tempo com relatos de assuntos e queixumes pessoais, quando não têm o desprazer de justificar o seu péssimo desempenho atribuindo a culpa às autoridades ou instituições nacionais, como se ele, não encarasse o mau desempenho de uma instituição, a educacional. Outras vezes, ainda, o mau professor prefere ser *popular* sendo um facilitário de notas.

Claro, felizmente, o narrado acima é a exceção. Na verdade, quase todo o professor é um *herói*. Ganha mal, não tem material didático disponível, leciona para turmas enormes em salas inadequadas. Exige-se dele muito ou quase tudo, e nada ou muito pouco se lhe dá.

Houve, ainda há, muita resistência dos professores em serem avaliados e, até mesmo em se auto-avaliarem. Seu amor próprio, sua dedicação, segundo eles, estão em jogo, frente a alunos - não os bons - e frente a instituições que pouco lhes oferecem. Indo-se mais a fundo, esta resistência talvez se apoie na insegurança quanto à própria identidade de professor, quanto à falta de atualização, quanto à falta de tempo, quanto à falta de vocação, etc. Sem razão aparente. Pois todos nós, professores, estamos sendo avaliados todos os dias e em todas as classes. A cada aula que lecionamos, estamos expostos em vitrine, que é olhada constantemente pelos alunos. Sabem eles mais que nós próprios das nossas roupas, dos nossos *tiques*, das nossas repetições de palavras, das nossas omis-

s. E, tudo isto é por eles relevado, na medida que lhes oferecemos o melhor de nós, ainda não seja tudo o que eles merecem. Vale saltar que os alunos de hoje, na quase totalidade, estão na escola para estudar. São conscientes de suas obrigações e, se cobrados, estudam afinco. São disciplinados colaboradores e a especial estima por seus professores. Os stress, que militam no foro, são tratados casualmente por magistrados e advogados, os antigos alunos. Objetivar esta avaliação, a maioria das instituições, é contribuir para a melhoria do ensino, na medida em que houver uma avaliação responsável, não para punir ou perseguir, mas para auxiliar e assessorar. Em esta faculdade - e, também na PUCRS - já é institucionalizada a avaliação dos professores. Ela é conditio *sine qua non* para a promoção. Na prática, ainda está incipiente e à medida que vem sendo implantada, diminuem as resistências, tendendo a tornar-se rotineiras.

Entretanto, só avaliação do professor e do curso pouco resolve. É necessário que se avalie as instituições.

3.2.3. Avaliação das instituições

Esta tem sido a preocupação do MEC. No seminário Nacional o tema foi abordado com ciência e comunicado como vem sendo feito.

a) abertura de novos cursos: a resolução nº 93 estabeleceu novos procedimentos, para autorizar a abertura de novos cursos de direito, tendo em vista as necessidades sociais da região, tais como: Patrimônio da Mantenedora; demanda do curso; oferta de oportunidades de trabalho; concentração demográfica; espaço geográfico e geopolítico, como regiões centrais e de fronteiras, etc.;

b) houve o exame de 61 pedidos de abertura de novos cursos. Foram rejeitados 51 novos pedidos. Foram indeferidas demandas do Rio de Janeiro, do Paulo e Brasília, sob o argumento de que existem vagas suficientes;

c) são autorizados prosseguimentos do processo de reconhecimento, em estudos de pedi-

dos viáveis, para comprovar instalações adequadas, existência de bibliotecas, estudo de currículos, com prazo de 60 dias para apresentação de documentos faltantes ou comprobatórios. Há pedidos pendentes desde 1991 e 1992;

d) os projetos aprovados submetem-se, ainda, ao crivo de uma comissão verificadora, que se desloca até a instituição, através das Delegacias do MEC.

Como se constata, já não é tão fácil a abertura de faculdades de *fim-de-semana*, das faculdades *arrimo-de-família*, ou seja, daquelas que existem tão só para sustentar os demais cursos por serem as únicas superavitárias, daquelas *afilhadas*, fundadas para pagamento de promessas eleitorais, daquelas *patrimônio familiar*, existentes como propriedade do seu fundador.

Pela nova filosofia de trabalho, as faculdades de direito podem ser públicas ou particulares, mas deve estar, exclusivamente, a serviço da sociedade, sem se importar se há demanda de novas vagas, mas e principalmente, se há oportunidade de trabalho para os formados, que compense o custo social do empreendimento. Do contrário, o esforço por novos estabelecimentos de ensino deve ser conduzido para outras áreas de conhecimento onde estão faltando jovens profissionais. Com a palavra os defensores da necessidade de concorrência para efeitos de eficiência.

Não faltaram vozes que clamam por uma fiscalização contínua, capaz de cassar o registro de faculdades que estejam funcionando sem os requisitos mínimos de eficiência ou que deixaram decair a qualidade do ensino.

3.2.4. Ensaios de avaliação das faculdades de direito

a) representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, seções do Amazonas e Santa Catarina comunicaram a avaliação negativa das faculdades destes Estados, ao realizarem *exames-de-ordem*, concluindo pela ineficiência dos estágios profissionais nas escolas de direito, e acabaram por não reconhecê-los;

b) a Comissão de Avaliação do 3º Grau, criada em julho de 1993 relata: todos os responsáveis pelas instituições de ensino sentem a necessidade da avaliação institucional, para a melhoria do ensino e melhor distribuição de recursos do MEC. Houve o reconhecimento do bom trabalho do DAU, no Rio Grande do Sul;

c) houve resistência de início, mas a Capes já realiza avaliações desde 1975. As avaliações eram feitas por seus pares, eram atribuídas letras, conforme o desempenho, em caráter sigiloso. Quando descobertas, a reação foi agressiva. Mas se os reitores interessados recusavam a avaliação, seus projetos eram adiados à espera de esclarecimentos. Com o tempo, comprovada a vantagem da avaliação, que era criteriosa, as resistências amainaram e tendem a desaparecer. Pois, nos dias de hoje, todas as universidades do mundo querem ser avaliadas. Esta verdadeira auditoria interna e externa só valoriza a instituição.

4.0. Considerações finais: uma avaliação empírica da nossa faculdade

O encontro serviu aos propósitos de comunicação de expectativas, de troca de experiências. Também, proporcionou a todos os participantes uma oportunidade única de avaliação empírica da própria faculdade que representava. Desenhou-se um mosaico do ensino do direito, no Brasil. Estiveram juntas, faculdades públicas e particulares, dos grandes centros e dos mais remotos pontos do país. É claro que esta diversidade de relatos e aspirações proporcionaram a apreensão dos problemas gerais. As propostas de umas, nem sempre correspondiam às necessidades de outras. As experiências bem sucedidas de umas, não o eram em outras. De tudo, resultou uma apuração geral que permitiu a cada participante saber como os problemas estavam sendo ou não solucionados em sua faculdade, tais como:

4.1. Currículos

Inserção de novas disciplinas: entre as sugeridas, praticamente, todas vêm sendo ministradas em nossa faculdade. Informática jurídica, embora lecionada por nossos professores no Instituto de Informática, não consta de nosso currículo. Foram proporcionados alguns cursos de extensão. Não seriam despendidas algumas alterações.

4.2. Formação pedagógica

Todas as faculdades de direito se ressentem da falta de preparo didático dos seus professores. Algumas faculdades, como a de Gurupi, têm proporcionado curso de reciclagem interna, contando com a colaboração de professores de Pedagogia. Na nossa faculdade, já houve proposta neste sentido, iniciativa do Departamento de Direito Privado e Processo Civil. É um assunto de que deve continuar em pauta, já que a quase totalidade dos professores não possuem formação didática, através de cursos de extensão. Da mesma maneira, poder-se-ia suprir a falta de familiaridade dos professores com a legislação de ensino, estatuto da universidade, etc., atinentes ao bom funcionamento da casa.

4.3. corpo docente¹⁰

Como representantes de nossa faculdade, tivemos a oportunidade de levantar a questão que se apresenta em todas as faculdades, no que se refere à carreira de professor. Ela está organizada em classe e referências ou níveis¹¹. Cada classe compreende quatro referências, com progressões verticais e horizontais.

4.3.1. Professor auxiliar, que deveria ser o início de carreira, mas não é, porque podem ser abertos concursos para preenchimento de vagas em outras classes. Seguem-se os professores assistentes, adjuntos, titular. Todavia, o cargo de professor titular, embora constando da carreira, tem características de cargo isolado, exigindo concurso para seu preenchimento, aberto aos professores de carreira em igual-

e de condições com qualquer candidato de¹².

4.3.2. Conforme a denominação, poder-se-ia, por hipótese: professor auxiliar é aquele que auxilia nas aulas; professor assistente, é aquele que assiste às aulas, mas não leciona; professor adjunto seria aquele em condições de assumir as aulas e, finalmente, professor titular seria aquele que tem a responsabilidade não só de lecionar, como de todos os atos didáticos. Os próprios nomes já estariam indicando uma gradação de maior preparo e qualificação: para auxiliar de ensino, basta o título de bacharel em direito; para professor assistente, faz-se necessário o título de mestre; para professor adjunto, precisa-se do título de doutor ou de docente; enfim, para professor titular, necessita-se de título de doutor ou livre docência mais um concurso específico. Verdade, que a ascensão funcional, um professor auxiliar de chegar até adjunto sem outro título universitário, pelo decurso de tempo, após 16 anos de magistério¹³.

4.3.3. Contudo, toda esta explanação, serve para explicar um paradoxo: qualquer professor, independentemente de sua classe ou referência, está apto a lecionar qualquer disciplina do seu departamento, não importando se primeiro ou do último semestre. É o caso de perguntar, se assim é, e se é assim, então porque existir um quadro de carreira, onde a carreira aspirada pelo legislador, é pela composição de cursos de pós-graduação? Se a cada vez que ascende o professor, exige-se dele uma maior titulação, não é pelo pressuposto de que aqueles que estão nas classes superiores, são aqueles que estão preparados? E, se por suposição, estão aqueles preparados os professores das classes inferiores - o assistente em relação ao auxiliar; o adjunto em relação ao assistente e ao auxiliar; o titular em relação ao adjunto, ao assistente e ao auxiliar - não será o caso de se distribuírem as disciplinas segundo as dificuldades que apresentam ou sua importância dentro do currículo, conforme a classe e a titulação?

Esta é uma dúvida que ainda paira sem resposta: deve-se ou não atribuir maior responsabilidade didática aos professores mais titulados?

4.3.4. Produção científica

Todos os participantes foram unânimes. As faculdades precisam da produção científica dos seus professores. Ao menos, de artigos jurídicos. Deveria este tópico ser considerado no ato da promoção dos seus docentes. No entanto, não se pode esquecer as dificuldades de preparo de artigos ou trabalhos científicos que se apresentam para quem trabalha no regime de 20 horas ou recebe por *aulas-dadas*. Depois, as dificuldades de publicação. Publicar, onde? Se a própria faculdade não mantém uma revista? Este percalço perdurou por alguns anos em nossa faculdade. Felizmente, graças aos esforços do professor Lippert e da Livraria do Advogado, o senão está sanado¹⁴.

4.3.5. No que tange aos alunos, os participantes foram unânimes: exigência de um trabalho de conclusão do curso, submetido e defendido perante uma banca examinadora. Na nossa faculdade, o assunto foi cogitado e adotado, mas não em caráter obrigatório. Ou seja, de fato, não foi adotado, para fins de graduação. Persiste para os alunos que aspiram a láurea.

4.3.6. Prática forense

Já foi relatado acima. Algumas seções da OAB estão pondo em dúvida a validade e a eficiência dos estágios nas faculdades. Não é o caso da nossa, onde somos bastante prestigiados pela OAB/RS. Existe o SAJU, de parte dos alunos. E, em breve, contaremos com uma Vara do Juizado de Pequenas Causas, junto à faculdade. Porém, isto é pouco. Não se pode esquecer: todo o bacharel que se inscreve na OAB, vai exercer uma profissão dinâmica, onde, via de regra, vai encontrar outros profissionais de direito mais experientes que ele, tais como o advogado ex-adverso, o promotor de justiça e o magistrado. Isto sem contar que os demais auxiliares da justiça também podem ser bacharéis. A profissão exige, a par de sólida

formação teórica, profunda familiaridade com a praxe forense. E esta prática só se adquire redigindo textos jurídicos e praticando atos jurídicos, judiciais ou extrajudiciais.

O SAJU e a Vara de Juizado de Pequenas Causas podem proporcionar e proporcionam a prática profissional a poucos estudantes. Outros, vão estagiar. Porém, o que se vê e se ouve todos os dias, nas salas de aula e nos corredores é a insegurança da maioria dos estudantes ante a falta de oportunidade de aprendizagem prática.

4.3.7. Tribunal simulado

Com muita oposição vimos propondo, há tempos, a criação de um tribunal simulado, pelo fato de que os interlocutores válidos ou o confundem com juri simulado ou com ficção. No Seminário Nacional a idéia encontrou boa acolhida, desde que sua denominação fosse mudada para Escritório Modelo, Laboratório Jurídico ou similares. Se aceita a idéia, não importa sob que denominação, o intento é o seguinte:

a) seria disciplina obrigatória e substituiria ou complementar os Estágios Práticos. Pois estes apresentam um vício de origem: os alunos comparecem em uma audiência, na qual não participam, evidentemente; não têm prévio acesso aos autos; não conhecem o antes e o depois desta audiência; não sabem do que se trata e jamais saberão; não vão acompanhados e nem recebem instruções ou informações dos professores e, se o fossem, causariam tumulto em ações alheias, podendo as partes interessadas opor-se à indevida intromissão em seus assuntos particulares, ainda que a audiência seja pública; a presença, embora comprovada, não comprova aprendizagem. Claro, os professores se esforçam e procuram suprir a deficiência que é estrutural;

b) se aprovado o Tribunal Simulado, envolveria todos os alunos, sem exceção. Ser-lhes-ia apresentado um caso verdadeiro ou simulado, no qual todos trabalhariam, à maneira de teatro, exercendo papéis que demandam ativi-

dade judiciária. Por exemplo: um caso de dolo, uma invasão de terras, um seqüestro, uma desapropriação. Tomando conhecimento do caso, os alunos seriam distribuídos nos papéis de advogados do autor e do réu: uns, teriam de redigir a petição inicial e a contestação; outros, seriam o juiz ou o magistrado, ou os jurados, ou as testemunhas. Por outro lado, alguns seriam escrivães, oficiais de justiça; terceiros interessados, tabeliões. Enfim, nenhum aluno estaria dispensado ou sem atividade, dentro do grupo.

Em contrapartida, a instituição teria de instalar um escritório de advogado, uma sala de audiência, um cartório judicial, com varas da justiça comum, cível e criminal, uma JCJ, etc. mais um *diretor do foro*.

O encargo dos professores seria ensinar, revisar e corrigir os textos jurídicos, produzidos pelos alunos; ensinar a prática dos atos forenses, no momento adequado; dizer quais as medidas a serem tomadas e/ou requeridas, indicar quais os recursos e para onde deveriam ser interpostos. Haveria ampla consulta à biblioteca, em busca dos textos aplicáveis e da jurisprudência.

A aprovação dos alunos, em Prática, estaria pendente deste trabalho em grupo, com decisão do caso *transita em julgado*, mais uma prova individual, no mínimo.

4.3.8. Cursos de extensão

Considerando-se que o currículo não deve exceder a cinco anos (nos cursos diurnos) e seis anos (nos noturnos), não existe espaço para introdução de mais disciplinas, como foi proposto nos seminários regionais e nacional. A solução encontra-se, ao que nos parece, na oferta de cursos de extensão. Tais cursos já vêm sendo oferecidos: Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Responsabilidade Civil, Informática Jurídica, Português Instrumental, Direito Registral e Notarial, para só citar alguns, com grande aproveitamento ao tempo em que fomos chefe do Depto. de Direito Privado e Processo Civil.

4.3.9. Cursos de excelência

Nem todos podem e nem todos querem. Não impede que sejam oferecidos aos que podem e podem, algo mais que o currículo. O curso oferece salas disponíveis à tarde. Assim, poder-se-ia proporcionar aos alunos e, talvez, à comunidade, cursos rápidos, com não mais de 30 horas/aula, sobre os mais diversos assuntos da atualidade e/ou indispensáveis à cultura geral, em turmas não maiores de trinta alunos, que estejam dispostos a debater e discutir. Exemplo:

a) memória de nossa Faculdade de Direito, abrangendo a parte histórica, mas principalmente, o estudo das obras de nossos professores, dissertações e teses e publicações dos alunos de pós-graduação; trabalho de campo jetivando saber dos ex-alunos como aproveitaram seus estudos, se obtiveram êxito profissional, quantos se dedicaram a atividades jurídicas, quantos obtiveram aprovação em concursos, qual o proveito econômico e social em razão dos estudos universitários, tudo coisas que já vêm sendo feitas em centros maiores, no exterior. Aceita-se o princípio de que educação é investimento. Esta seria a oportunidade de comprovar com pesquisa e documentação;

b) latim aplicado ao curso de direito, de modo que a toda hora os profissionais do direito confrontem-se com citações e brocardos em nossa língua mater;

c) concorrências e licitações públicas;

d) metodologia e técnicas de pesquisa especialmente a bibliográfica;

e) português instrumental, em especial, técnicas de redação de textos jurídicos;

f) história das Instituições, preferencialmente as jurídicas;

g) análise e debates sobre os temas mais atuais, que envolvam assuntos de cunho jurídico;

h) Curso de Informática Jurídica, com computadores individuais, para cada aluno, pois a atilografia está ultrapassada;

i) estudo e análise dos textos e projetos de lei, com vistas a oferta de sugestões aos legisladores, para emendas, alterações ou revogações.

A listagem de cursos possíveis não se esgota aí. É possível que hajam propostas melhores e mais urgentes. O importante é que a faculdade não se omita de proporcionar aos seus alunos a oportunidade de aprimoramento mais além do que o simples currículo. A universidade é centro produtor e irradiador de cultura por excelência e a nossa faculdade tem muito a dar. Pode e deve dar mais que o simples ensino básico do Direito.

A seleção dos alunos para tais cursos deve estar condicionada ao aproveitamento escolar, à disponibilidade de tempo e a uma prova de conhecimentos mínimos anteriores sobre o tema.

4.3.10. Cursos de pós-graduação

Atualmente, nossa faculdade oferece o curso de mestrado. Especialização em Ciências Penais. É pouco. Pensamos que deve partir para o doutorado, no sentido vertical. E, no sentido horizontal oferecer outros cursos de especialização e mestrado, em áreas onde nada está sendo oferecido, v.g., direito do Trabalho, Direito Notarial, Direito Ambiental, Direito do Menor e do Adolescente, etc.

Pode-se argumentar que faltam quadros de professores¹⁵ e funcionários. Isto sempre vai faltar. Eles aparecerão na medida em que os cursos forem implantados. A experiência do mestrado em trazer professores alienígenas ou visitantes, pode ser uma solução ao menos provisória. E, se a Universidade der a anuência, estará aberto o caminho para pedido de verbas e de convênios.

Dir-se-á que a atual estrutura do curso de pós-graduação não comporta mais que o curso do mestrado. Amplie-se. Crie-se um Departamento ou uma Coordenação dos Cursos de Pós-Graduação. Mas, não se deixe passar a hora para os nossos alunos, os quais estão se evadindo para centros maiores, por falta de oportu-

nidade. Acrescente-se, ainda, que a própria faculdade está enfrentando dificuldades de renovar o quadro de professores, a contento, por falta de mestres e doutores.

Argumentar-se-á que faltam instalações adequadas. É verdade, já estão faltando. De fato, não há salas para professores-orientadores ou pesquisadores. Não há salas disponíveis e/ou apropriadas ao ensino diferente do discursivo. Muito menos do que temos, tinham os fundadores da casa. Eles nada tinham e tudo fizeram ou fizemos. Um prédio renovado está ao nosso lado, o da antiga escola Técnica Parobé. É uma questão de negociá-lo com a Faculdade de Engenharia, que está se mudando, com vantagem, para o Campus do Vale. É um sonho nosso, realizável. Se a reitoria aprovar a proposta de novos cursos, e não há porque não aprová-los, as negociações ficam mais fáceis. Cremos que o problema é mais de querer do que de poder. Verdade que parte do prédio ao lado, onde funcionava a Escola Técnica de Comércio já nos foi cedida, para a instalação do Juizado das Pequenas Causas. Mas, é pouco.

5.0. Conclusão

O assunto melhoria do ensino não se encerra e nem se esgota aqui. Volta-se a falar em abolição dos Exames Vestibulares, velho anseio que se choca com o número excessivo de candidatos aos cursos superiores.

Nesta via, a Universidade de Brasília, conforme entrevista do seu reitor pretende convênios com estabelecimentos de 2º grau: os alunos passarão a ser avaliados durante o curso médio, e em razão desta avaliação prévia, poderão ser dispensados do exame vestibular.

No âmbito do MEC cogita-se da “desconfiança geral” do ensino em nossas universidades, com o ensaio ou ameaça de um “exame

final” ou “de ordem”, para todos os diplomados com vistas à habilitação ao exercício da profissão, regulamentada, a que fizeram jus em razão do curso em que se diplomaram.

Nem tanto ao mar e nem tanto à terra. Conservar melhorando, no dizer de Júlio de Castilhos, tal é a lei do bom senso.

Notas

1 Ainda está por ser escrita a saga dos acadêmicos dos anos 50 e 60, a recepção dos bixos, as passeatas dos bixos, as discussões sobre a Petrobrás, sobre a morte de Getúlio Vargas, o Chopp do Bar Lider.

2 A nossa turma com ingresso em 1954 foi a primeira da Faculdade de Direito a matricular os excedentes: foram oferecidas 60 vagas e matricularam-se 85.

3 Lembre-se a campanha nacional dos educandários gratuitos. Também o fato de o Colégio Estadual Júlio de Castilhos em 1950 ter matriculado mais de seiscentos candidatos aprovados, pelo famoso artigo 91, instalando turmas onde o curso científico alcançava a classificação esgotando todo o alfabeto. Nós, por exemplo, conseguimos matrícula no primeiro ano científico, na letra o.

4 Padre José Vasconcelos, Presidente do Conselho Federal de Educação, in Correio do Povo, de 09 de agosto de 1975, p.10.

5 Faculdades de Direito da UFRGS, da PUC/RS, da Unisinos, da Ulbra, (Canoas e Gravata), Ritter dos Reis.

6 Fonte: MEC, relatório do I Seminário Regional dos Cursos Jurídicos.

7 Fonte: MEC, relatório do II Seminário Regional dos Cursos Jurídicos.

8 Fonte: MEC, Relatório do III Seminário Regional dos Cursos Jurídicos.

9 Informações colhidas na nossa participação e documentos distribuídos durante o seminário. Até o momento não foram publicados os anais deste encontro.

10 A composição do quadro de nossos professores, com sua titulação, está registrada no volume 09, novembro/93, da Revista da Faculdade: Memória Institucional, p.10, item 5.3 e 5.4.

11 Decreto nº 85.467, de 10 de dezembro de 1980.

12 Resolução nº 30/91, UFRGS.

13 Idem, ibidem, artigo 7.

14 Sobre nossa revista, vide Memória Institucional, v.09, novembro/93, p. 15, item 11.0.

15 A massa crítica de nossa faculdade compõe-se de 08 doutores, 12 mestres e 09 especializados, idem, ibidem, p.10 item 5.4.

Autoridade pública e Mandado de Segurança

Almiro do Couto e Silva

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Abstract

Il s'agit d'une étude sur le "mandado de segurança", l'un des plus importants moyens de défense de l'individu à l'encontre de l'Etat.

On y fait l'examen de la notion d'autorité publique et d'acte d'autorité, dont l'existence est nécessaire pour permettre l'utilisation du "mandado de segurança".

La conclusion est que tout acte réglé par le Droit Public est un acte d'autorité, soit-il pratiqué par une personne morale de Droit Public ou par une entité de l'Administration indirecte de l'Etat.

L'orientation dominante va dans un autre sens. Les Tribunaux statuent généralement que les entités de Droit Privé de l'Administration indirecte ne réalisent que des actes de gestion et pas des actes d'autorité. Cette ancienne classification, dont l'origine est française, est déjà presque abandonnée en France. Néanmoins, en droit brésilien, elle est toujours vivante en ce qui concerne le "mandado de segurança". La solution traditionnelle eu comme conséquence, dans le passé, la réalisation des contrats administratifs de grande valeur, sans un appel préalable d'offre à l'admission au service public des personnes qui ont échoué aux concours publics.

On affirme aussi que dans le "mandado de segurança" la partie procédurale c'est la personne morale qui doit subir les conséquences patrimoniales de la décision. Ainsi, le plaideur peut saisir l'autorité judiciaire de son domicile, même lorsque l'autorité qui a pratiqué l'acte illégal a son siège ailleurs, par exemple, à Brasília, sauf, bien entendu, dans les cas où la Constitution a défini la compétence pour statuer sur le "mandado de segurança".

Ces deux conclusions principales ont pour but de revigorer le "mandado de segurança".

1. Instituído pela Constituição Federal de 1934, o mandado de segurança completou sessenta anos. Nesse período de pouco mais de meio século modificações profundas ocorreram na estrutura da Administração Pública nacional, com a intensificação do processo de descentralização, no qual formas de direito privado foram largamente adotadas. A proliferação das sociedades de economia mista, das empresas públicas e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público fez com que parte expressiva da atividade administrativa do Estado passasse a ser exercitada por essas entidades. A nova realidade assim gerada deu causa a que se questionasse o conceito de autoridade pública, contra cujos atos ou omissões ilegais se endereça o mandado de segurança, desde que violadores de direito líquido e certo. Pretende-se examinar, neste trabalho, dois aspectos do instituto do mandado de segurança relacionados com o conceito de autoridade pública. O primeiro prende-se ao direito material, cuidando-se de precisar o que hoje, no estágio atual da experiência brasileira, deverá entender-se por autoridade pública, para fins de mandado de segurança (II). O outro relaciona-se com o direito formal: cogita-se de definir quem é parte no mandado de segurança, tirando-se daí todas as consequências no campo processual (III). A resposta que se der a essas indagações poderá ampliar ou restringir, consideravelmente, a importância do mandado de segurança no nosso sistema jurídico. Em muitas hipóteses, dependendo da solução es-

colhida, ele poderá tornar-se menos útil do que os procedimentos ordinários ou cautelares, previstos no Código de Processo Civil. As conclusões a que chegamos (IV) conduzem, todas, à reafirmação e ao revigoramento do mandado de segurança. dentro do conceito de Estado de Direito, como a ação constitucional por excelência, ao lado do *habeas corpus*, para a proteção dos direitos subjetivos violados ou ameaçados de lesão pela conduta ilegal ou abusiva de agentes e órgãos do Poder Público, quando atuem ou devam atuar sob regime de direito público, sendo irrelevante a natureza de direito privado das entidades a que se liguem. Dizemos reafirmação e revigoramento do instituto porque jurisprudência dominante reitera, mesmo sob a Constituição Federal em vigor, posições que, sob alguns aspectos, levam à diminuição do mandado de segurança como meio prático endereçado à eficaz garantia dos direitos individuais frente aos atos do Estado, quando estes desbordem dos marcos que lhe são legalmente fixados.

II

2. A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, LXIX, ao definir os traços institucionais do mandado de segurança, declara que ele será concedido “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Os antecedentes históricos do mandado de segurança mostram que após algumas hesitações iniciais a respeito de que atos ou omissões seriam por ele impugnáveis, acabou por prevalecer o entendimento, quando da elaboração da Constituição de 1934, que deveriam ser os de “qualquer autoridade”, como afinal constou do art. 113, nº 33, daquela Constituição¹.

Na metade da década de trinta não havia ainda qualquer dificuldade em precisar quem era autoridade pública. Assim considerados

eram os agentes das pessoas jurídicas de direito público, das distintas órbitas da federação. Não se iniciara, então, o processo de “fuga para o direito privado”², com a criação de sociedades de economia mista e de empresas públicas, bem como a adoção, com frequência crescente, de formas e instituições do direito privado para a realização de fins imediatamente públicos. Pode-se dizer que a descentralização administrativa não ultrapassava, então, as fronteiras do direito público, vivendo o Brasil a fase da autarquia. Depois do segundo grande conflito mundial o panorama se altera substancialmente no Brasil, passando o Poder Público a recorrer amiudadamente às sociedades de economia mista e empresas públicas, geralmente para o desempenho de serviços públicos (os chamados serviços públicos de natureza industrial ou comercial), como, por exemplo, os de telefone, de energia elétrica, de gás, de água, etc., mas também para a pura exploração de atividade econômica, em regime de competição com as empresas do setor privado. Mais recentemente, as fundações de direito privado, instituídas e mantidas pelo Poder Público, tiveram seu número notavelmente aumentado, nas diferentes órbitas da Federação.

Nessa fase, autoridade pública era ainda todo aquele que estivesse na posição de órgão de pessoa jurídica de direito público, vale dizer, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e das autarquias. Contra os atos e omissões ilegais desses agentes, violadores de direito líquido e certo, ou que contivessem ameaça de violação, cabia mandado de segurança. Mas não só. Também era utilizável o mandado de segurança contra os comportamentos ilegais de quem quer que estivesse no exercício de atribuições do Poder Público, quando houvesse lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo.

Ao admitir-se o mandado de segurança contra atos de autoridade pública ou de pessoa que esteja no desempenho de serviço público (ou de atribuições do Poder Público, o que é praticamente a mesma coisa) receberam-se no di-

o brasileiro, pelo menos nas suas grandes áreas, os critérios historicamente conhecidos do direito francês não só para qualificar certos atos jurídicos como atos administrativos, sobretudo para determinar a competência da jurisdição administrativa e da jurisdição comum para apreciar atos do Poder Público, finalmente, para distinguir-se entre atos de direito privado e de direito público. Este pontual das consequências que dele foram e podem ainda ser tiradas para o direito brasileiro, ece uma análise mais pormenorizada.

2. É sabido que, no direito francês, a primeira grande distinção que se estabelece a respeito dos atos do Poder Público é entre atos de autoridade e atos de gestão. Aqueles, os atos de autoridade, são os que o Estado pratica como *ma potentior*, investido de prerrogativas e poderes que só ele detém e que os indivíduos, administrados, não possuem. Só o Estado e desapropriar, instituir, lançar e arrecadar impostos, encarregar-se do processo civil e penal, estabelecer e impor limitações e multas administrativas. Quando o Estado procede a maneira, e o faz no desempenho da função administrativa, realiza atos de autoridade, são todos atos administrativos e, pois, atos de direito público. Por outro lado, desde o direito romano admite-se que o Estado sujeite o direito privado, estabelecendo vínculos jurídicos em condições de igualdade com as demais pessoas, ao gerir o seu patrimônio como qualquer particular³. Esses são os denominados atos de gestão, atos jurídicos de direito privado celebrados pelo Poder Público. Mann resume, nos seguintes termos, essas ideias: “Diz-se que a administração está sujeita ao direito público quando pratica atos de autoridade; está sujeita ao direito privado por seus atos, batizados de atos de gestão”⁴. O princípio era de importância manifesta para determinar a competência dos órgãos administrativos, tendo em vista principalmente a Lei de 24 de maio de 1872, no seu art. 8º, feria ao Conselho de Estado a competência para apreciar os recursos por excesso de

poder interpostos contra “os atos das diversas autoridades administrativas”. Cabe observar, a esta altura, que o momento político, econômico e cultural era fortemente influenciado pelas concepções liberais. Segundo elas, só em situações absolutamente excepcionais seria de aceitar-se a sujeição do Estado a regime jurídico especial, de direito público e, pois, distinto do regime vigente para os indivíduos em geral. tais situações excepcionais seriam exclusivamente aquelas em que o Estado exercesse, efetivamente, poder público ou autoridade pública, ficando todas as demais subordinadas ao direito privado⁵.

A transformação do Estado liberal em Estado social, que começa a processar-se a partir da segunda metade do século passado, iria abalar profundamente essa distinção, ao desenvolver rápida e consideravelmente o que a doutrina alemã chama de “administração prestadora de benefícios” (*Leistungsverwaltung*). No Estado liberal clássico, embora fosse pequeno o tamanho do Estado, este agia preponderantemente por meios coercitivos (administração coercitiva, *Eingriffsverwaltung*), o que equivale dizer por atos de autoridade, que já dissemos, são sempre atos administrativos. A interferência do Estado no campo econômico e no social, não para impor ou exigir, mas para distribuir vantagens ou benefícios, ou para exercer papel de árbitro, eliminando as desigualdades e procurando estabelecer o equilíbrio entre as forças em confronto dentro da sociedade, acabou por criar um imenso elenco de novos serviços públicos em que a nota autoritária e coercitiva do Estado, quando não desaparecia de todo, pelo menos ficava grandemente empalidecida. Nesse quadro, tornava-se difícil caracterizar o agente do Estado, distribuidor de benefícios, como autoridade pública e, conseqüentemente, seus atos como atos de autoridade. Não é outra a razão pela qual a doutrina e jurisprudência francesa fixaram a orientação, prevalecente em quase todo XIX, cujas linhas principais foram assim expressas por Berthélemy: “Ato de autoridade é aquele pelo

qual a Administração ordena ou proíbe alguma coisa. Ato de gestão é o que os administradores realizam, seja em proveito do patrimônio privado (do Estado), seja para o funcionamento dos serviços públicos, nas condições em que os particulares agem na gestão de seus próprios negócios". Ou ainda mais claramente: "Os atos de gestão são aqueles praticados pela administração como representante legal das pessoas administrativas, seja em proveito do domínio privado, seja pelos serviços públicos de que se incumbem"⁶.

Nas últimas décadas do século passado, notadamente desde o arrêt Blanco, de 1873, inicia-se o processo que resultaria em atribuir ao conceito de serviço público a posição de conceito fundamental e dominante do direito administrativo francês. Para isto muito contribuiu a chamada escola do serviço público, liderada por Duguit, Bonnard, Jèze e Rolland. O triunfo da noção de serviço público fez com que a distinção entre atos de autoridade e atos de gestão entrasse em franco declínio. Não será necessário dizer que a adoção do conceito de serviço público como critério principal para definir a competência da jurisdição administrativa, implicou considerável alargamento do campo de aplicação do Direito Administrativo, que assim ganhou terreno ao Direito Privado. Estendeu-se, também, o conceito de ato administrativo, nele inserindo-se as providências da Administração Pública quando no desempenho de serviços públicos, antes consideradas, como se viu, atos de gestão. Ampliaram-se, igualmente, por via de consequência, as situações em que os particulares poderiam defender seus interesses frente ao Estado pela via dos recursos utilizáveis na jurisdição administrativa, dentre os quais, pela sua importância, sobressaía e sobressai o recurso por excesso de poder, aliás um dos modelos sobre os quais se formou o instituto do mandado de segurança. Mudava-se também, desse modo, o critério para distinguir entre Direito Público e Direito Privado. O rígido contraste entre atos de autori-

dade e atos de gestão confinava o campo do Direito público à área em que o Estado se manifestava pela *puissance publique*. Eram valorizados, nesse contexto, para a fixação do lindes do Direito Público, exclusivamente os meios utilizados pelo Estado e não propriamente os fins por ele perseguidos, como agudamente observou Hauriou⁷. O conceito de serviço público, erigido à condição de critério dominante para traçar-se a *summa divisio* do Direito, inverteu esse estado de coisas, pois implicou que os fins buscados pelo Estado se tornassem tão ou mais importantes do que os meios por ele empregados. Na verdade, se os atos praticados pela administração estivessem estritamente vinculados aos fins do Estado (que coincidem, em última análise, com a realização de tarefas de interesse geral, como são os serviços públicos), seriam eles atos administrativos, o que vale dizer, atos jurídicos de direito público, suscetíveis, portanto, de serem atacados perante a jurisdição administrativa, por meio do recurso por excesso de poder. A interpretação jurisprudencial, enriquecida pelas contribuições doutrinárias, acabou por dilatar a noção de autoridade pública - tal como consignada na Lei de 1872, e, posteriormente, pela *Ordonnance* de 31 de julho de 1945, sobre o Conselho de Estado - para fazer com que assim fossem considerados os agentes de órgãos e entidades da administração pública, ou a ela vinculados, mesmo com personalidade jurídica de direito privado, mas desde que estejam investidos de uma missão de serviço público e dotados de prerrogativas de poder público⁸. Contudo, ainda nessas circunstâncias, os atos unilaterais de tais entidades, quando concernentes a relações de direito privado, não se qualificam como atos administrativos⁹.

Desse modo, os atos pertinentes ao funcionamento interno da entidade e sem relação direta com o serviço público constituem atos de direito privado¹⁰. A lei pode, entretanto, estabelecer exceções. Exemplo disto é a lei de 3 de janeiro de 1973, relativa ao banco da França,

atribui competência à jurisdição administrativa para conhecer dos litígios com os empregados.

Concluem Vedel e Delvolvé que isso implica que os agentes do Banco da França estão metidos ao direito público, enquanto que próprio Banco, apesar das peculiaridades do estatuto e de suas funções, permanece uma soa jurídica de direito privado¹¹.

Percebe-se, portanto, que a caracterização autoridade administrativa, no direito francotemporâneo, é feita por três critérios intos:

- (a) - pelo critério dos meios utilizados, quando o agente administrativo usa atribuições específicas do poder público, atuando no exercício de *puissance publique*;
- (b) - pelo critério dos fins perseguidos, quando o agente administrativo pratica atos estreitamente vinculados a serviço público ou desempenhando uma missão de serviço público;
- (c) - pelo critério legal, quando a norma jurídica submete ao direito público atos da idade, mesmo que, com relação aos demais, regime seja de direito privado e a própria soa jurídica seja igualmente de direito privado.

Não será necessário dizer que o recurso ao critério dos meios (a) ou ao critério dos fins (c) será necessário na falta de um critério legal (b). Havendo este, *tollitur quaestio*, o ato será ato administrativo e a autoridade que praticar será autoridade administrativa ou autoridade pública.

Veremos a seguir que o direito brasileiro, configuração do conceito de autoridade pública, chegou a resultados muitos semelhantes aos do direito francês, apesar de a jurisprudência dominante, mesmo havendo norma de direito público que discipline determinados tipos de entidades de direito privado da Administração Pública indireta, persista em afirmar, equivocada e incoerentemente, que esses atos são de gestão.

4. Conquanto a Constituição de 1934, no art. 113, nº 33, não houvesse explicitado o

que se deveria entender por ato de "qualquer autoridade", a legislação ordinária posterior, pertinente ao mandado de segurança, cuidou de definir com mais exatidão quais os atos impugnáveis pela nova ação constitucional, traçando, assim, contornos mais nítidos ao conceito de autoridade pública. A lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, que por primeiro regulou o processo do mandado de segurança, depois de repetir, no *caput* do seu art. 1º, o enunciado no texto constitucional, explicitava no parágrafo único: "Consideram-se atos de autoridade os das entidades autárquicas e de pessoas naturais ou jurídicas, no desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou de contrato exclusivo, ainda quando não transgridam o mesmo contrato". Dava-se, dessa maneira, ao conceito de autoridade pública significado e extensão muito semelhantes, senão idênticos, aos fixados pelo direito francês. O Código de Processo Civil, de 1939, no seu art. 319, § 2º, manteve essa orientação, utilizando quase as mesmas palavras¹². A Constituição de 1946, no seu art. 141, § 24, declarava caber mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, "seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder". A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, no art. 1º, *caput*, alude a "autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça". No § 1º elucida: "Consideram-se autoridades para os efeitos desta lei os representantes ou órgãos dos Partidos Políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções". A Constituição de 1967, no art. 150, § 21, e a Emenda nº 1, de 1969, art. 153, § 21, mantiveram, quanto ao mandado de segurança, a mesma redação da Constituição de 1946.

5. Ao termo dessa evolução e dentro da moldura normativa do art. 5º, LXIX, da atual Constituição e da legislação ordinária em vigor, é de indagar-se o que se deverá entender,

finalmente, por autoridade pública para efeito de mandado de segurança. A primeira observação a ser feita é a de que a norma da Constituição vigente, relativa ao mandado de segurança, distinguiu entre atos de autoridade pública e atos de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Vê-se, assim, no rigor do texto constitucional, que os agentes de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, não são mais considerados como autoridade pública, como sempre foram tidos, desde a Lei nº 191, de 1936 até a Lei nº 1.533, de 1951, muito embora contra os seus atos ilegais, lesivos ou com ameaça de lesão a direito líquido certo, também caiba mandado de segurança, como sempre ocorreu. O discríme, entretanto, tem mais interesse lógico do que prático. De qualquer maneira, serve para sublinhar que somente autoridade pública realiza ou pratica ato administrativo, no sentido estrito da expressão. Autoridade pública, a seu turno, é todo órgão ou agente de pessoa jurídica de direito público, da administração direta e indireta, das diferentes órbitas da Federação, quando atua sob regime de direito público¹³.

Mas só essas considerações seriam suficientes para demarcar com exatidão a área compreendida pelo conceito de autoridade pública? Parece-me que não. Igualmente os órgãos ou agentes das entidades de direito privado da Administração Indireta, quando praticam atos regidos pelo direito público, são autoridade pública, para fins de mandado de segurança.

6. As entidades de direito privado da assim chamada Administração Pública Indireta raramente estão submetidas a regime puro de direito privado, como é reconhecido universalmente. Geralmente o seu regime jurídico é híbrido: sujeito, em parte e predominantemente, ao direito privado e, em parte, ao direito público. Entre nós, ainda ao tempo da Constituição de 1946, Ruy Cirne Lima expressou como felicidade a posição que inicialmente prevaleceu no direito brasileiro, ao dizer que as relações travadas com a pessoa jurídica ma-

triz, portanto *quoad intra*, eram subordinadas ao direito público e que as relações com os administrados, ou seja, *quoad extra*, eram submetidas ao direito privado¹⁴. Esse entendimento foi reforçado pela regra do art. 170, § 2º da Emenda nº 1 de 1969, que sujeitava as sociedades de economia mista e as empresas públicas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, notadamente no que respeitava ao Direito do Trabalho e ao das Obrigações. Os atos dos administradores e agentes dessas entidades não seriam, assim, atos de autoridade, passíveis de serem atacados por mandado de segurança. O recurso à ação constitucional só seria admissível contra atos de órgãos de tais pessoas jurídicas quando esses atos estivessem intimamente relacionados com a execução de atribuições públicas delegadas ou, numa fórmula mais simples, de serviços públicos. Fora desta hipótese, os atos seriam todos atos de gestão, para usar a velha classificação francesa, o que é o mesmo que qualificá-los como atos jurídicos de direito privado. Os consectários quer se extraíam dessas premissas eram, entre outros, os de que o acesso aos empregos dessas entidades prescindiam de processo público de seleção de candidatos, mediante concurso e que para a contratação que fizessem de compras, obras e serviços não era exigida licitação. As empresas privadas não realizam concurso para admitir seus empregados nem fazem preceder seus contratos de licitação. Não seria diferente para as empresas públicas e as sociedades de economia mista¹⁵. A fio de lógica jurídica chegava-se a essas conclusões, sem considerar que uma grande parte dos recursos públicos está hoje em mãos de entidades de direito privado da Administração Pública Indireta, as quais gerem e administram verbas orçamentárias vultuosíssimas. A utilização desses recursos em compras, obras e serviços sem antes efetivar-se procedimento de escolha do outro contratante por critérios tanto quanto possível objetivos, como os da licitação, abria amplas portas a negócios escusos, em que interesses subalternos e até mesmo pessoais dos administradores

privilegiados, em detrimento do interesse público. O que então não se percebia, no âmbito estritamente jurídico, é que toda a Administração Pública, seja ela Direta ou Indireta, se realize por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, está jungida ao princípio da igualdade. A igualdade, imposto o princípio constitucional não significa somente igualdade perante a lei ou na lei, mas também perante os serviços públicos, mas há que se entender, antes e sobretudo, como igualdade perante o Estado. A incidência do princípio da igualdade, nessas hipóteses e situações, não condão não apenas de afastar dessa área de direito privado, substituindo-o pelo direito público, como também o de transformar, obviamente, os atos jurídicos nesse campo praticados em atos administrativos, atos jurídicos de direito público, descaracterizando-os como atos de gestão, regidos pelo direito privado. Dito de outro modo, são eles atos de autoridade, para fins de mandado de segurança, não se pode aceitar, sem afronta à lógica dos próprios fundamentos do Direito Administrativo, que atos jurídicos unilaterais, de direito público - atos administrativos, portanto - praticados por órgão de entidade da Administração Pública Indireta, não sejam atos de autoridade. O regime híbrido, tradicionalmente admitido como sendo próprio das entidades de direito privado da Administração Pública Indireta, tem, assim, sua parte de direito público acrescida pelos princípios constitucionais balizadores de toda a atividade administrativa, dentre os quais realça-se especialmente o da igualdade.

O fato de que a Constituição de 1988 veio por si só divergências que ainda subsistiam ao interior toda a Administração Pública, "direta ou fundacional, de qualquer dos ramos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", aos princípios enunciados no seu art. 37, entre os quais estão o inciso "a" investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos

os" e o de que "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (inciso XXI).

Assim, como se não bastasse a referência genérica aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, feita no *caput* do art. 37, entendeu o legislador constituinte, ainda, de consignar expressamente a obrigatoriedade de realização de concurso público para investidura em cargos e empregos públicos, bem como de procedimento licitatório em todas as esferas do Poder Público. Neste particular, portanto, todas as entidades da Administração Pública, quer tenham personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, ficaram submetidas ao Direito Público. É evidente, portanto, que os atos jurídicos que seus agentes praticarem, no âmbito do procedimento licitatório ou do concurso público, são atos de direito público, atos administrativos, atos de autoridade e não atos de gestão, que são sempre e necessariamente de direito privado.

As considerações até aqui desenvolvidas permitem concluir que, atualmente, autoridade pública, para efeitos de mandado de segurança, são (a) os agentes ou órgãos das pessoas jurídicas de direito público e (b) os das entidades de direito privado da Administração Indireta ou fundacional, para usar a linguagem da Constituição, em ambas as hipóteses quando atuem sob regime de direito público, praticando atos administrativos. As pessoas jurídicas de direito público atuam, normalmente, sob regime de direito público e só excepcionalmente sob regime jurídico de direito privado (por exemplo, quando celebram contrato de locação, como qualquer particular). Quando assim

procedem, sob regime de direito privado, os atos que realizam são de gestão e não de autoridade. Exatamente o inverso sucede com as entidades de direito privado da Administração Indireta. Os atos que praticam são, em larga medida, sujeitos a regime de direito privado e só em caráter de exceção são disciplinados pelo direito público. Enquadram-se nesta última hipótese os atos previstos em normas jurídicas de direito público, como sucede com os integridades em procedimentos licitatórios e de concurso público, bem como os diretamente vinculados a serviço público.

7. Conclui-se, portanto, que o elemento chave para a caracterização de autoridade pública para fins de mandado de segurança é o regime jurídico a que está sujeita a relação jurídica em que atue. Se esse regime for de direito público, o ato que praticar será de autoridade, se for de direito privado, o ato será de direito privado ou de gestão¹⁶.

É indubitável, pois, que a atual Constituição da República, ao estender suas normas às entidades de direito privado da Administração Indireta, ampliou notavelmente o campo de abrangência do mandado de segurança, transformando certos atos praticados pelos agentes e órgãos dessas entidades, de atos de gestão que eram, em atos de autoridade.

8. A jurisprudência, entretanto, tem resistido, mesmo sob a Constituição de 1988, em aceitar, que os atos praticados por agentes de entidades de direito privado da Administração Indireta em procedimentos licitatórios ou de concurso público - para ficar só nas hipóteses mais comuns de atos de órgãos dessas entidades regidos pelo direito público - sejam atos de autoridade e não atos de gestão, como predominantemente eram considerados anteriormente¹⁷. Parece ter ocorrido nessa matéria, como tantas vezes sucede, um efeito de inércia, que empurra o direito antigo para dentro do direito novo, num primeiro momento encobrindo-o e suplantando-o. Com o tempo, porém, começam a ser percebidas as distinções bem marcadas entre uma situação e outra.

As regras constitucionais que agora, explícita e indubitavelmente, incidem sobre os atos

de agentes de entidades de direito privado da Administração Indireta qualificam-nos imediatamente como atos jurídicos de direito público. Essa circunstância - a de serem atos de direito público - impede terminantemente que sejam tidos e havidos como atos de gestão, pela simples e definitiva razão que os atos de gestão são sempre e invariavelmente atos de direito privado, aqui e em qualquer outro sistema jurídico.

Afirma-se que existem atos de gestão de direito público (ou, o que é o mesmo, disciplinados ou regidos pelo direito público) é uma contradição nos seus próprios termos e uma agressão à lógica tão estridente como dizer que o círculo é quadrado.

Na verdade, no regime anterior, quando determinado ato de entidade de direito privado da Administração Indireta era classificado como ato de gestão pretendia-se com isto significar que tal ato não estava vinculado diretamente a serviço público, pois só ato com essas características é que poderia ser atacado por mandado de segurança, uma vez que sua ligação com um serviço público o arrastava imediatamente para o campo do Direito Público. Sendo a entidade de direito privado e não ostentando o ato praticado por seus agentes estreita relação com um serviço público, ficava claro que a sua natureza era de ato jurídico de direito privado e, portanto, de ato de gestão. O reconhecimento da incidência do princípio da igualdade, em todas as suas variantes, sobre os atos das entidades de direito privado da Administração Indireta, primeiro na doutrina e, agora, por imposição da Constituição Federal, alterou completamente esse estado de coisas, como tive ocasião de mostrar.

Assim, os atos das entidades de Direito Privado da Administração Pública Indireta estão submetidos ao direito público em duas hipóteses: (a) quando sejam atos de autoridade, isto é, quando sejam atos regidos ou disciplinados diretamente por norma de direito público, muito embora não tenham ligação direta com o serviço público, e (b) quando estejam vinculados a serviço público. A primeira hipótese compreende atos que expressam ativi-

dade, mas que, não obstante isto, sujeitam-se a regime jurídico especial, de direito público. Os exemplos mais comuns são os atos praticados nos procedimentos de concurso público ou de licitação pública. A segunda hipótese compreende os atos praticados no exercício de atribuições públicas delegadas, que são preteritivamente atividades-fim. Conforme se verifique em qualquer outra hipótese, diversa será o órgão ou o Poder Judiciário competente para examinar as eventuais controvérsias. Ilustremos isto com um exemplo, que se desdobra em duas situações. Primeira: sociedade de economia mista estadual, concessionária de serviço público federal, ao realizar concurso público para contratação de empregados viola direito subjetivo de um dos candidatos. A justiça competente para apreciar o mandado de segurança é a estadual. Segunda: a mesma sociedade de economia mista, no desempenho do serviço público federal, de que é concessionária, utiliza direito subjetivo de usuário. A justiça competente para apreciar o mandado de segurança será a federal.

A manutenção da orientação jurisprudencial que vê nos atos praticados nos procedimentos licitatórios e de concursos públicos das entidades de direito privado da Administração Indireta simples atos de gestão, não de incidir no ilogismo antes verberado de aceitar a existência de atos de gestão de direito público, tem ainda o inconveniente de uzurpar substancialmente a abrangência do mandado de segurança. É notório que, hoje, muitas obras públicas são realizadas por empresas públicas e sociedades de economia mista. A maior parte das barragens, para ficarmos com um exemplo expressivo, são construídas por sociedades jurídicas que têm essa natureza. Se, portanto, os atos dos administradores dessas entidades, no procedimento licitatório, ficar excluída a possibilidade de impetração de mandado de segurança, é óbvio que se estará reduzido a importância do mandado de segurança como meio constitucional adequado para combater as ilegalidades e abusos do Poder Público que lesam ou ameaçam de lesão os direitos subjetivos públicos dos administrados.

E nem se diga, como já tem sido asseverado em contraposição a esse argumento, que ao particular lesado estará sempre aberto o caminho da ação cautelar e da ação ordinária, para a proteção de seus interesses. A explicação não procede, por uma razão muito simples. No mandado de segurança não há sucumbência do impetrante precisamente para que não seja criado obstáculo ou embaraço à utilização da ação constitucional, como garantia que se quer a mais ampla possível. O mesmo não ocorre, entretanto, nas ações cautelares e ordinárias. Ademais, na ação cautelar, responde o autor pelos prejuízos que causar na execução da liminar, nas hipóteses previstas no art. 811 do Código de Processo Civil. Assim, vencido o autor em cautelar em que pleiteou e obteve liminar determinando a sustação da assinatura do contrato de obra pública com licitante que considerava indevidamente classificada em primeiro lugar, estará obrigado indenizar os prejuízos, frequentemente vultuosíssimos, relacionados com o atraso do início da construção. Será, em suma, penalizado pela utilização de legítimos meios processuais de defesa de seus direitos perante o Estado, o que, no mandado de segurança, não se verificaria. Tem-se, dito e escrito, a esse propósito, que tal tipo de raciocínio não é científico e nem jurídico. Não me parece que sejam assim. O mandado de segurança foi concebido como o mais amplo, direto, pronto e expedito meio de fazer valer os direitos subjetivos públicos dos indivíduos, quando atropelados ou ameaçados de lesão por autoridade pública ou por pessoa jurídica investida de atribuições do Poder Público. Como instituto de direito constitucional que é e com a natureza que tem de garantia fundamental, há de ser interpretado segundo os cânones exegéticos que comandam a interpretação e interpretação das mais altas normas existentes no ordenamento jurídico nacional.

Quer pela interpretação sistemática da Constituição, quer pela interpretação teleológica, que coincide com a que a moderna doutrina americana tem chamado de *responsive interpretation* - reconhecidamente os mais eminentes e prestigiados métodos de in-

interpretação - a conclusão a que se chega é a mesma.

Na verdade, não teria sentido, dentro do sistema da Constituição de 1988, que à sujeição das entidades de direito privado da Administração Indireta aos princípios discriminados expressamente no art. 37, não tivesse contrapartida - quando esses mesmos princípios fossem violados e a violação implicasse lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo dos indivíduos - na possibilidade de utilização do mandado de segurança, como instrumento por excelência para obter-se, a um só tempo, a recomposição da fratura causada à ordem constitucional e a preservação do direito individual.

Percebe-se que, de outro modo, sistema constitucional seria extremamente falho, imperfeito, desequilibrado e assimétrico.

Teria avançado ao submeter as entidades de direito privado de que o Estado se serve para a consecução dos seus objetivos aos grandes princípios a que deve ater-se a Administração Pública em geral e, ao mesmo tempo, revelaria inexplicável timidez ao fechar a via do mandado de segurança a quem tivesse direito subjetivo hostilizado ou ameaçado por ato ou omissão que contrariasse aqueles mesmos princípios.

A Constituição há de ser vista e entendida como uma unidade harmônica, devendo sua interpretação contribuir para a mais completa realização possível dessa unidade, de sorte que as diferentes partes se esclareçam e iluminem reciprocamente, a fim de que os contrastes, as aparentes incongruências, as dificuldades lógicas sejam aplainadas, superadas ou eliminadas em proveito do todo, encurtando-se, assim, ao máximo, a distância que a separa da perfeição¹⁸.

Por outro lado, se visualizada a Constituição numa perspectiva finalista ou teleológica, há de responder e corresponder, como tem assinalado a mais recente doutrina norteamericana, ao "ethos nacional", à "experiência do país", ao "caráter fundamental" e ao "objetivos da nação"¹⁹. Sob este ângulo, a norma constitucional só pode ser compreendida

"como função da sociedade no instante da aplicação do direito"²⁰.

Ora, a negação da utilização do mais nobre e importante meio de proteção dos direitos individuais não amparados pelo *habeas corpus* contra o arbítrio e os abusos do Poder Público, quando este assume forma de direito privado, mas atua no campo do direito público, não estaria em consonância com o sentimento e a opinião geral da sociedade, que se identificam com as aspirações da nação. Nada justificaria, nesse contexto, que a Administração Pública, procedendo de idêntica maneira como se comportam suas entidades de direito público, tivesse seus atos imunes ao mandado de segurança. Que isso ocorra nas situações em que as entidades de direito privado da Administração Pública indireta agem sob normas de direito privado é perfeitamente compreensível. Mas é inaceitável a mesma solução nos casos em que essas mesmas entidades atuam sob regras de direito público. A extensão das regras de direito público a certos atos por elas praticados - o que resulta, em algumas hipóteses, de imposição constitucional - demonstra, por si só, a presença de interesse público particularmente denso e significativo. É evidente que se não houvesse tal interesse, não haveria porque sujeitar aqueles atos a regime jurídico especial, de direito público. Sendo idêntico o regime jurídico dos atos das entidades de direito público e o de certos atos das entidades de direito privado, idêntico deverá ser, também, o sistema de proteção e defesa dos direitos individuais em ambas as circunstâncias. Não se trata apenas de uma exigência lógica, como já se viu, mas de uma exigência também da sociedade, numa fase da vida nacional em que a efetiva realização dos princípios constitucionais, como o da igualdade, o da moralidade, o da impessoalidade, o da legalidade, que se unem para compor o perfil do Estado de Direito, é diariamente cobrada pela opinião pública. A *ratio legis* e o fim, o *telos*, da norma constitucional, extraem-se a cada momento da experiência histórica. É isto que faz da Constituição um documento vivo, sempre adaptado ou adaptável às mutações políticas, econômicas,

is ou culturais. Os institutos previstos na Constituição, como o mandado de segurança, de ser entendidos e interpretados, objetivamente, dentro dessa mesma tendência de sintonia entre os fatos e a norma, num processo dialético permanente. A alteração dos deveres muitas vezes corresponder uma mudança do conteúdo da norma, da mesma maneira que esta exercerá frequentemente uma influência conformadora sobre os fatos. A leitura da Constituição anterior sob a pressão de clamorosos, que agrediam duramente a consciência nacional, como a contratação de obras públicas sem licitação ou o inóculo de empregados sem a prestação de concurso público, conduziu ao entendimento, adotado por autorizada doutrina como orientação até então dominante, de que as entidades da Administração Pública indireta, por personalidade de direito privado, estavam obrigadas a realizar certos serviços públicos para a contratação de obras e serviços, bem assim como para a admissão de pessoal, pela incidência dos princípios da igualdade e da moralidade pública. A Constituição atual tornou explícita a imposição. Não há, pois, como ainda discutir a qualificação dos atos dos órgãos e agências públicas das entidades de direito privado da Administração Pública indireta como atos de autoridade, quando se sujeitem a regime jurídico de direito público.

Estas conclusões valem tanto para as entidades de direito privado da Administração Pública que prestem serviços públicos, quer sejam eles administrativos, comerciais ou industriais, quer para as outras que desempenham atividade econômica. O Estado só excepcionalmente pode explorar atividade econômica - "só será permitida quando necessária imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei" (CF, art. 173).

Se se pretendeu que os preceitos do art. 37 da Constituição Federal, na parte atinente às entidades de direito privado da Administração Pública, só seriam aplicáveis àquelas que prestem serviço público. As demais estariam naturalmente sujeitas a regime de direito priva-

do, por força do que estatui o § 1º do art. 173 da Constituição Federal: "A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias". Contudo, a distinção entre entidades de direito privado da Administração Pública prestadoras de serviços públicos e não prestadoras de serviço público (entre estas estariam, é claro, as que exploram atividade econômica) só aparece, no texto do art. 37, no seu § 6º, que cuida da responsabilidade extra-contratual do Estado. Bem se vê, pois, que não é exclusivamente a vinculação direta a um serviço público que atribui natureza de direito público aos atos dos agentes das entidades de direito privado da Administração Pública Indireta. Idêntica natureza terão os atos dos agentes dessas entidades quando forem regidos e disciplinados pelo Direito Público, como é o caso dos realizados nos procedimentos licitatórios e de concurso público. Em tais hipóteses, a condição de ato administrativo, ou de ato de autoridade, para efeito de mandado de segurança, provém diretamente da norma jurídica e não da circunstância de estar o ato relacionado intimamente com a prestação de serviço público. E a primeira das normas jurídicas existentes no nosso sistema, a esse propósito, é de natureza constitucional e está cristalizada no art. 37 da Constituição Federal, nos incisos II e XXI. É absolutamente irrelevante, pois, quanto às licitações e concursos públicos, o tipo de atividade que as entidades de direito privado da Administração Pública Indireta exerçam. Quer sejam prestadoras de serviços públicos, quer se dediquem à atividade econômica, seus atos serão, nesses particular e dentro desses limites, atos de direito público, atos administrativos ou atos de autoridade. Isto importa afirmar que são passíveis de ataque por mandado de segurança.

III

9. Outra importante questão, sobre a qual ainda se controverte na doutrina e na jurisprudência,

dência, é se a autoridade pública a quem se imputa conduta abusiva ou ilegal, ensejadora da impetração do mandado de segurança, seria, ou não, parte no processo. A discussão é antiga e remonta às próprias origens do mandado de segurança, pois no art. 113, 33, da Constituição de 1934, depois de afirmar-se que se daria mandado de segurança “para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”, acrescentava-se: “O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada”. Quem seria, então, parte na ação de segurança? A autoridade coatora? A pessoa de direito público interessada? Ambas?

A Corte Suprema, que assim se chamava ao tempo da Constituição de 1934, examinando a questão em agosto daquele mesmo ano dividiu-se em três correntes. Uma, a majoritária, orientou-se no sentido de que deveriam ser ouvidas na ação a autoridade de quem emanou o ato, como ocorre no *habeas corpus*, e o Procurador Geral da República, na qualidade de órgão da União. Outra entendia que só o representante da União deveria ser ouvido. E uma terceira, que só a autoridade coatora. A Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, dispunha que, conhecendo do pedido, o juiz mandaria citar o coator e encaminharia, por ofício, ao representante judicial ou legal da pessoa jurídica de direito público interno, interessada no caso, a terceira via da petição inicial com a respectiva cópia dos documentos. Dispunham, além, que na contrafé da citação e no ofício seria fixado o prazo de dez dias, para a apresentação da defesa e das informações reclamadas (art. 8º, § 1º, *a e b* e § 3º). Da terminologia utilizada depreende-se que o legislador, ao referir-se à citação da autoridade coatora, considerava esta parte na ação. No que concerne, porém, à pessoa de direito público interno interessada no caso, a lei não preceituava que fosse ela citada, conquanto determinasse sua ciência da demanda pela cópia da petição inicial e da documentação a esta anexada, para que pudessem apresentar sua defesa. Ora, só se defende

quem é parte na ação. Outras disposições tornam inequívoca a condição de parte que tem a pessoa jurídica de direito público interno interessada no caso. Assim a que ordena que, julgando procedente o pedido, o juiz a ela transmitirá, em ofício, o inteiro teor da sentença, para que a cumpra imediatamente (art. 10º, “a” e parágrafo único). Do mesmo modo a que declara que o recurso poderá ser interposto “pelo imperante, pela pessoa jurídica de direito público interessada e pelo coator” (art. 11º, §) - reforçando a qualidade de parte da autoridade coatora, que ficara empalidecida com a ausência de obrigatoriedade de lhe serem comunicados os termos da sentença concessiva da segurança (art. 10º).

O código de Processo Civil de 1939, no art. 322, dispunha que o juiz, ao despachar a petição inicial, deveria notificar o coator, “a fim de prestar informações no prazo de dez dias” (inciso I) e citar “representante judicial ou, à falta, o representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na ação” (inciso II). Julgado procedente o pedido, o inteiro teor da sentença era transmitido ao representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada (e não ao coator), nos termos do art. 325, I, para que a cumprisse, sob pena de desobediência (art. 327). O representante da pessoa jurídica de direito interessada era, também, o único legitimado para requerer ao presidente Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorização para a execução do ato impugnado, para enviar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública (art. 327). No CPC anterior, portanto, a autoridade coatora não tinha sua posição bem definida na ação. Era notificada para prestar informações e, após estas, não tinha mais participação no mandado de segurança. Quanto a quem poderia recorrer, a lei nada dizia, sendo de inferir-se, entretanto que apenas a pessoa jurídica de direito público interessada tinha essa faculdade, pois, como se viu, também só ela tinha legitimação para pleitear junto ao presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, quando verificadas as hipóteses legalmente de-

as, a autorização para executar o ato imputado, após ter sido prolatada sentença concessiva da segurança.

A Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951 teve a ambigüidade e as vacilações que semexistiram em nossa legislação na determinação de quem é parte no mandado de segurança, indecisão que deu azo a acesas discussões na doutrina. Declara a lei vigente que, ao achar a inicial, o juiz ordenará a notificação do coator do conteúdo da petição, para preste as informações que achar necessárias (art. 7º, I). A pessoa jurídica de direito público interessada só é mencionada no art. 2º, tem este enunciado:

Considerar-se-á federal a autoridade ora, se as conseqüências de ordem monial do ato contra o qual se requer o mandado de segurança houverem de ser suportadas pela União ou pelas entidades autárquicas e municipais.

Quando julgado procedente o pedido, não é notificado da sentença é a autoridade ora. Apesar do relevo dado à autoridade ora na atual lei do mandado de segurança, no assim a praxe judicial consolidou o entendimento, pode-se dizer que indistintamente, a participação da autoridade coatora na ação praticamente resume-se a ser notificada para prestar informações, a efetivamente prestá-las e assim entender, e a ser notificada da sentença concessiva do mandado. A competência real é da pessoa jurídica de direito público interessada. A autoridade coatora não pode recorrer, do mesmo modo como não pode fazer sustentação oral.

Diante dessas circunstâncias será de perguntar-se a razão não estaria com Pontes de Miranda quando sinteticamente afirmava que o mandado de segurança é impetrado contra o coator e não contra a pessoa jurídica de direito público, mas que esta é a demandada²¹. Celso de Figueiredo Barbi critica essa posição por julgá-la recisa²². Não percebemos, porém, onde estaria a imprecisão. Se a pessoa jurídica é a demandada ela é a parte. No entanto, o mandado de segurança tem um endereço imediato, é o de afastar a lesão ou a ameaça de lesão

a direito individual que órgão da parte praticou ou está prestes a praticar, por sua ação ou omissão. Por isto é que o mandado de segurança é requerido para proteger o autor contra a conduta comissiva ou omissiva, não da parte ré como um todo, mas especificamente do órgão de onde proveio a violação ou a ameaça de violação de direito subjetivo do demandante, como tem sido repetido por todas as nossas Constituições Federais, desde a de 1934. Assim, razões de ordem prática, que visam a dar presteza e funcionalidade operacional ao instituto do mandado de segurança, é que determinaram que o órgão, que não é a parte, é que seja notificado para prestar informações. Na verdade, tecnicamente, não se cuida de simples notificação, mas de verdadeira citação, como bem percebeu Seabra Fagundes²³. Por igual, as informações prestadas pelo coator são a defesa da pessoa jurídica de que ele é agente ou órgão. Fica claro, portanto, que não há qualquer litisconsórcio entre a pessoa jurídica interessada e o seu órgão, cujo comportamento deu ensejo à impetração do mandado de segurança. Não há, aí, duas partes, mas uma só, a pessoa jurídica, que é citada e se defende por seu órgão, consoante disposição legal. (Theotônio Negrão, p. 1109).

10. Fixada a posição de que parte é a pessoa jurídica de que o coator é órgão, cabe extrair dessa premissa todas as conseqüências, alguns dos quais são extremamente importantes para a definição da competência jurisdicional para apreciar o mandado de segurança. É sabido que essa competência tem sido determinada pela órbita a que pertence a autoridade coatora e pela sua localização territorial, fora dos casos expressamente estabelecidos nas Constituições e nas leis. Na verdade, a jurisprudência tem acentuado que “a competência para apreciar o mandamus define-se pela autoridade apontada coatora”²⁴. Torna-se desde logo perceptível que essa orientação traduz as já mencionadas vacilações existentes no direito nacional quanto ao papel que desempenha no processo a autoridade coatora, refletido de modo muito claro a concepção de que ela seria parte na ação. A regra sobre competência territorial, no per-

tinente às ações pessoais e as ações reais sobre móveis, é a de que ela se determina pelo domicílio do réu (CPC, art. 94). No que se refere à União, quando for autora, ré ou interveniente, será competente o foro da capital do Estado ou do Território (CPC, art. 99). Essa idéia foi reforçada pelo art. 109, § 2º da Constituição Federal, cujo enunciado demonstra a clara intenção do legislador constituinte em proteger o particular: *"As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal"*. Diante da limpidez desse texto, é inaceitável que os tribunais continuem a exigir, no mandado de segurança, que ele deva ser impetrado no foro da autoridade coatora. Ora, as mais importantes autoridades da União têm sede, geralmente, em Brasília. Seus atos ou omissões, entretanto, podem lesar ou ameaçar de violação direitos subjetivos de pessoas que vivem nos mais diferentes pontos do território nacional. A muitas dessas pessoas estaria vedado o acesso ao mandado de segurança, nessas circunstâncias, pelas dificuldades de toda ordem que teriam para propor a ação constitucional em Brasília. A elas só estaria a via das ações ordinárias ou das ações cautelares para a defesa do seu direito, com todos os riscos, ônus e inconvenientes inerentes a essas ações, alguns dos quais já foram aqui realçados. Com isto, acaba-se por proteger, muitas vezes, o autoritarismo do Estado, a ilegalidade e o comportamento abusivo do Poder Público, pela diminuição fática ou material da possibilidade de controle dos seus atos pelo Judiciário. Com isto, também, acaba-se por comprometer a própria realização do Estado de Direito que, como se sabe, é uma obra em contínua elaboração, sempre imperfeita mas que há de tender sempre para a perfeição. Um dos objetivos mais eminentes do Estado de Direito é a realização da justiça material. O princípio do Estado de Direito, acolhido destacadamente logo no art. 1º da nossa Constituição Federal, serve como regra de ouro para a interpretação dos demais princípios e nor-

mas constitucionais ou da legislação ordinária. Desse modo, as garantias constitucionais, entre as quais está a do mandado de segurança, deverão ser compreendidas de modo a assegurar, da maneira mais completa possível, a aproximação entre o Estado de Direito que temos com o Estado de Direito com que sonhamos.

Creio que a conformação do mandado de segurança pelo princípio do Estado de Direito deverá conduzir a que se admita sua impetração contra atos ou omissões de autoridades da União, para cujo exame a Constituição não tenha estabelecido competência especial, de acordo com a norma do 109, § 2º da Constituição Federal. Milita também em favor dessa solução o entendimento hoje francamente dominante de que no mandado de segurança é a pessoa jurídica interessada e não seu órgão, de onde proveio a coação ou a ameaça de coação. Se a União é que é a parte no mandado de segurança requerido contra ato ou omissão de agente seu, não há razão lógica para que a competência jurisdicional seja determinada pelo local onde tem sede a autoridade coatora, como se tem decidido reiteradamente. A exegese prevalente beneficia a pessoa jurídica interessada ou a autoridade coatora, que é seu órgão, em detrimento ou desfavor de quem sofreu ou está ameaçado de sofrer lesão em direito subjetivo de que é titular. Este é que é o destinatário da garantia constitucional, e não o Poder Público. E aquela interpretação tem servido, também, a manipulações e desvios realizados pelo Poder executivo, com o fito de dificultar ou até mesmo, em muitas situações, de impossibilitar a impetração do mandado de segurança²⁵.

Para arrumar estas observações de modo mais concentrado ou sintético, pode-se dizer que entre duas interpretações, uma que limita, cerceia ou restringe a utilização do mandado de segurança, e outra mais generosa e liberal, que lhe dá dimensão mais dilatada, esta última deverá ser a preferida, por três razões principais. A primeira resulta da própria amplitude do texto constitucional que desenhou o instituto do mandado de segurança como garantia em duplo sentido: como garantia institucional,

indo o conceito clássico de Carl Schmitt, e a garantia dos sujeitos de direito contra atos ou omissões ilegais de qualquer autoridade pública ou de qualquer agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A segunda deriva da necessidade, já sentida, de harmonizar o mandado de segurança com princípio do Estado de Direito. E a terceira consiste na orientação entre nós firmada de que a pessoa jurídica e não o órgão, a autoridade coatora, é que é parte no mandado de segurança.

Assim, resumindo tudo num exemplo, se a autoridade federal tiver sede em Brasília e não daquelas cujos atos ou omissões que violam ou ameaçam violar direitos subjetivos exijam a impetração de mandado de segurança em foro privilegiado ou especial (p. ex. Presidente da República, Ministro de Estado, etc) o mandado de segurança deverá ser proposta na capital do Estado, conforme o art. 109, § 2º da Constituição Federal e não em Brasília.

Parece-me que é este um dos modos de resistir ao mandado de segurança a sua dignidade original, comprometida pelas dificuldades de todo o gênero que a lei são opostas, o que, em contrapartida, servido para aumentar o prestígio e a eficácia prática das ações cautelares, para as quais inexistem muitas das dificuldades, perplexidades e indefinições que cercam a ação constitucional.

IV

As reflexões desenvolvidas induzem a que se conclua que o mandado de segurança, sob a Constituição de 1988, é cabível contra qualquer agente da Administração Pública, direta ou indireta, quer a entidade de que seja órgão ou de personalidade de direito público ou de direito privado, desde que o ato ou omissão de que ele imputada seja disciplinado ou regido pelo direito público. A orientação jurisprudencial que considera atos praticados em concurso público ou em procedimento

licitatório, por agentes de entidades de direito privado da Administração Pública Indireta, como atos de gestão e, pois, de direito privado, não pode prevalecer diante das normas constitucionais e da legislação ordinária vigentes que têm natureza de direito público. Tal posição seria ainda sustentável antes da entrada em vigor da atual Constituição da República, mas nunca depois dela, em face da clareza do seu texto. Incorporou-se, desse modo, ao território do mandado de segurança um número altamente expressivo de comportamentos comissivos e omissivos do Poder Público, quando atua por suas entidades de direito privado, mas segundo preceitos de direito público, robustecendo-se, por consequência, a ação constitucional que é, por sua vez, como tantas vezes realçado, uma garantia institucional.

Complementa-se, de outra parte, o revigoramento do mandado de segurança, que começava a debilitar-se pela voga das ações cautelares e ações principais, favorecidas por algumas vantagens importantes (desnecessidade de indicar com precisão a autoridade coatora, possibilidade de propô-las contra a União, em consonância com as regras processuais ordinárias, determinadoras da competência jurisdicional) ao extrair-se todas as derivações jurídicas da noção, hoje francamente dominante, de que parte no mandado de segurança não é nunca a autoridade coatora, mas sim a pessoa jurídica de que ela é órgão. Nessa conformidade, quando a autoridade coatora for órgão da União e inexistir regra jurídica explícita que determine a competência jurisdicional pelo lugar onde tenha sede, competente será a Justiça Federal da capital dos Estados e Territórios, caso estes últimos venham a ser criados.

O redirecionamento dos rumos da jurisprudência em ambas as hipóteses focadas, de direito material e de direito formal ou processual, produzirá o benéfico efeito de repor o mandado de segurança no lugar de singular destaque que lhe pretendeu dar o legislador constituinte e que a Constituição, que é o que realmente importa, efetivamente lhe reservou.

1 Ao tempo da Constituição de 1891, a Lei nº 221, de 1894 criou uma ação especial para a invalidação dos atos da administração lesivos de direitos individuais. Tal ação, entretanto, teve escassa importância na defesa dos direitos individuais contra atos do Poder Público. Como é bem conhecido, nesse período o *habeas corpus* e as ações possessórias é que desempenham a função de proteger os particulares contra os atos ilegais ou abusivos praticados pelos agentes do Estado. A descaracterização do *habeas corpus* como ação endereçada exclusivamente a atacar qualquer cerceamento da liberdade individual pelo Poder Público, para ampliá-la, de modo a transformá-la igualmente em instrumento de proteção de direitos de outra natureza, especialmente os patrimoniais, e a aceitação de que a posse poderia ter como objeto também bens incorpóreos, como os direitos, foram as vias então encontradas para estabelecer um razoável sistema de defesa dos indivíduos com relação às providências ilegais do Estado. Contudo, já em 1914, no seu livro *A Organização Nacional*, Alberto Torres propunha a criação de um "mandado de garantia", para proteger direitos "lesados por atos do Poder Público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial" (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1914, p. 367). A reforma constitucional de 1926 reconduziu o *habeas corpus* aos seus limites clássicos, deixando um vácuo que o deputado Gudestey Pires tratou logo de preencher, ao apresentar no Congresso Nacional o projeto nº 148, de 1926, que instituía o "mandado de proteção" e o "mandado de restauração", contra lesão ou ameaça de lesão de direito pessoal líquido e certo por "atos de autoridades administrativas da União". No substitutivo apresentado pela Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados o art. 1º ampliava o âmbito dos mandados, para dirigí-los contra "ato ou decisão de autoridade administrativa", não mais restritos, portanto, aos atos de autoridades administrativas da União. Quando das discussões que antecederam a Constituição de 1934 e que se iniciam com o anteprojeto da chamada Comissão do Itamaraty, João Mangabeira introduziu nesse anteprojeto norma instituindo o mandado de segurança para amparar "direito incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo". A limitação que aí se estabelecia, restringindo o mandado de segurança a combater apenas atos ilegais do Poder Executivo, deu margem a inúmeras controvérsias, pretendendo alguns que a nova ação pudesse atingir atos de particulares e outros que abrangesse também atos inconstitucionais do Poder Legislativo. "Ato do Poder Público", "ato de autoridade pública", "ato de qualquer autoridade ou do poder público" foram outras fórmulas sugeridas em diferentes emendas, até firmar-se a expressão "ato de qualquer autoridade", consignada pela primeira vez em emenda apresentada por Maurício Cardoso e Adroaldo Mesquita da Costa e incorporada, após, ao texto constitucional (Sobre a história do mandado de segurança, por todos, Themístocles Brandão

Cavalcanti, *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, 1936, Freitas Bastos, p. 239 e segs.).

2 A expressão "fuga para o direito privado" (*Die Flucht in das Privatrecht*) é de Fritz Fleiner (*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, 8ª ed., J. C. B. Mohr, p. 326) e ganhou notoriedade e aceitação no direito alemão (veja-se, recentemente, Heiko Faber, *Verwaltungsrecht*, 1992, J. C. B. Mohr, Tübingen, p. 326). Na Europa o fenômeno adquire significação logo após a primeira grande guerra, como se infere da observação de Fleiner. No Brasil, entretanto, pode-se dizer que só depois da segunda grande guerra é que as sociedades de economia mista e as empresas públicas passam a ser comumente utilizadas, ao lado das autarquias, como formas de descentralização administrativa, que o Decreto-lei nº 200 de 25.02.67 viria a designar como "administração indireta". As críticas e protestos da doutrina contra essa designação não impediram sua recepção nos textos constitucionais de 1969 e 1988. Quanto às fundações de direito privado instituídas e mantidas pelo Poder Público, embora elas fossem muito antigas no direito brasileiro (Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Comentado, Rio de Janeiro, Rio, 1976, p. 241, Miguel Reale, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1969, p. 17 e segs.), só mais recentemente é que elas passaram a exercer um papel de relevo na chamada administração indireta, ao lado das sociedades de economia mista e das empresas públicas.

3 É sabido que no direito alemão, chegou-se a desenvolver e consolidar a noção da dupla personalidade do Estado. Ao tempo do Estado Absoluto ou do regime de polícia, a rigor o direito era apenas o direito privado. Assim, o Estado que era atingido pelo direito, ou que a ele se submetia, era apenas o fisco - a caixa especial, o tesouro peculiar do monarca e do príncipe, mas não, como observava Otto Mayer, "o Estado propriamente dito, a associação política, a pessoa jurídica de direito público". E prossegue: "Quando o Estado age como o particular poderia fazê-lo, quando compra, vende, empresta ou toma de empréstimo, recebe ou faz doações, então não nos parece difícil submetê-lo às regras de direito civil; ele não ordena, apenas mostra o lado dos seus interesses pecuniários, como dizemos, e, por isto, se submete ao direito civil. Mas se, verdadeiramente, põe-se a comandar e a exercer o poder público, então não se trata mais de aplicar o direito civil" (*Le Droit Administratif Allemand*, Paris, Giard & E. Brière, 1903, vol. I, p. 55 e segs.; *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1924, 3ª ed., 1924 e 1969, vol. I, p. 41 e segs.). Por caminhos diferentes, o direito francês e o alemão chegaram, porém, a um ponto comum: só o Estado que é regido pelo Direito Público pratica atos de autoridade. Veja-se, abaixo, nota 16.

4 *Cours de Droit Administratif*, Faculté de Droit de Paris, Diplôme d'Etudes Supérieures de Droit Public, 1952-1953, p. 70 e segs., *apud* Paul Sabourin, *Recherches Sur la Notion d'Autorité Administrative en Droit Français*, Paris, L. G. D. J., 1966, p. 65.

sobre isto, bem como sobre toda a evolução do conceito de autoridade pública no direito francês que aqui adotamos seguindo-lhe os passos, Paul Sabourin, op. cit., p. 36.

traité Élémentaire de Droit Administratif, 12ª ed., 1930, 15 e segs., *apud* Paul Sabourin, op. cit. p. 69 e 70. *ibid* Paul Sabourin, op. cit. p. 47.

George Vedel & Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, Paris, Puf, 1992, vol. I, p. 239.

George Vedel & P. Delvolvé, op. e vol. cit., p. 240.

G. Vedel & P. Delvolvé, op. cit., vol. II, p. 660.

op. cit., vol. II, p. 661.

"Também se consideram atos de autoridade os de estabelecimentos públicos e de pessoas naturais ou jurídicas, desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou contrato exclusivo, ainda quando transgridam o tratado ou exorbitem da delegação".

Os partidos político, no sistema da atual Constituição República, deixaram de ser pessoas jurídicas de direito público, uma vez que adquirem "personalidade jurídica forma da lei civil" (art. 17, § 2º). Creio estar revogado, na parte, o § 1º, do art. 1, da Lei nº 1.533 de 1951. Na parte dos atos de órgãos dos partidos políticos não cabe is, mandado de segurança, pois os partidos políticos, a de não serem mais pessoas jurídicas de direito público não exercem, de outra parte, função delegada do Poder Público.

Pareceres, Porto Alegre, Sulina, 1963, p. 18 e segs.

Hely Lopes Meirelles sustentou em vários pareceres, artigos e livros de doutrina, que a regra a que tais entidades estavam sujeitas era a de que "suas contratações são realizadas segundo o sistema da livre escolha", nada impedindo, entretanto, que adotassem, se assim achassem conveniente, "a licitação formal do Decreto-Lei 200/67 ou o procedimento seletivo simplificado, estabelecido em regulamento ou constante de cada instrumento convocatório, em conformidade com disposição estatutária ou deliberação de sua Diretoria" (A Licitação: Entidades Paraestatais, RF 261/49 e RDA 132/32; Pareceres de Direito Público, RT, São Paulo, 11, v. III, p. 528-529). "A licitação só é obrigatória para contratações das entidades públicas - estatais e árcuicas - mas pode ser realizada pelas pessoas de direito privado como são as entidades paraestatais - sociedades economia mista, empresas públicas, fundações de interesse público, serviços sociais autônomos - desde que a lei especial o determine, ou conste de seus estatutos essa sujeição ou a diretoria da empresa assim o delibere" (Licitação e Contrato Administrativo, RT, São Paulo, 1973, p. 1. Tal tese, que resultou triunfante em vários julgados dos nossos tribunais (Hely Lopes Meirelles, Estudos e Pareceres de Direito Público cit. p. 529) levou a que obras públicas de imenso valor fossem contratadas pela livre escolha dos dirigentes de sociedades de economia mista e empresas públicas, guiados por critérios puramente subjetivos e sem prévia seleção, portanto, por procedimento licitatório. O escândalo provocado por algumas

dessas contratações feitas sem a observância de qualquer padrão objetivo contribui, a par de sólidas razões doutrinárias, para gerar reação de prestigiosos doutrinadores do nosso Direito Administrativo, com Celso Antônio Bandeira de Mello à frente. Para o mestre paulista, na vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, as sociedades de economia mista e as empresas públicas "não podem se esquivar a um procedimento licitatório, salvo quando no exercício de atos tipicamente comerciais ligados ao desempenho imediato de atividade industrial ou comercial que, por lei, lhes incumba desenvolver como objeto das finalidades para que foram criadas. Com efeito: entende-se que uma siderúrgica estatal compre rotineiramente, mediante os procedimentos usuais no mercado, as partidas necessárias para alimentar sua produção e que por iguais processos venda seus produtos. Reversamente, se pretender equipar-se ou renovar seu equipamento produtor, deverá atender aos princípios da licitação".

A razão da sujeição dessas entidades da Administração Indireta aos princípios licitatórios estava, como está ainda, no respeito ao princípio maior da igualdade perante o Estado, ao princípio isonômico considerado o entendimento da forma mais ampla possível.

"Quem atua como instrumento do Estado" - observa o ilustre professor da PUC de São Paulo - "quem age na persecução de escopos assumidos por ele, quem pertence à administração indireta ou descentralizada, quem tem patrimônio formado total ou predominantemente pelo governo, não pode se eximir a tratar isonomicamente os administrados nem se subtrair aos procedimentos estabelecidos em ordem a buscar os negócios mais convenientes, decididos em um certame amplo e aberto." Mesmo porque, registra o mesmo autor, é oportuno recordar "que a parcela mais ponderável das obras e serviços públicos de monta se realiza por via dessa modalidade de pessoas governamentais. As grandes aquisições e contratos de obras públicas são realizadas precisamente por estas entidades. A admitir-se possam se esquivar às licitações, todo o mecanismo cautelar previsto para os contratos atinentes a empreendimentos deste jaez perderia seu principal objeto. Quer-se dizer: O Estado, graças ao concurso de sociedades mistas e empresas públicas, passaria ao largo das exigências de licitação a dizer, ficaria liberto de todo o mecanismo cautelar - concebido em vista de despesas maiores - precisamente no caso de numerosíssimos empreendimentos de vulto" (Licitação, RT, São Paulo, 1980, p. 9 e segs).

16 Também no direito alemão "ato de autoridade" é considerado sinônimo de "ato de direito público", e mais especificamente, pela conotação de unilateralidade que possui, de "ato administrativo". A atividade da administração pública será "de autoridade" (*hoheitliche*), quando for regida pelo direito público ou, mais brevemente, for "de direito público" (*öffentlich-rechtliche*) (Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, C. H. Beck, 1982, p. 26; Ingo von Münch, in Erichsen/Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, W. de Gruyter,

1986, p. 14 e segs.; Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1982, p. 336; Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, C.H. Beck, 1993, p. 679 e segs.).

17 Ainda ao tempo da Emenda Constitucional de 1969, é ilustrativo dessa orientação e acórdãos da 1ª Turma do TFR, AMS 108.891 - SP, rel. Ministro Costa Leite.

18 Alfred Katz, *Staatsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, p. 49.

19 Robert Post, *Theories of Constitutional Interpretation in Law and the Order of Culture*, Berkeley, University of California Press, 1991, p. 13 e segs. Observa Post que a expressão "responsive interpretation" provém da noção estabelecida por Philippe Nonet e Philip Selznick de "responsive law", ou seja a lei que funciona "as a facilitator of response to social needs and aspirations" (p. 24 e p. 39, nota 63).

20 Katz, op. e p. cit.

21 Comentário ao CPC, vol. V, p. 156-157.

22 Do Mandado de segurança, Rio, Forense, 1993, p. 151 e 156.

23 O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, p. 338.

24 STJ, 1ª Seção, MS 591 - DF, DJU 4.03.91, p. 1.959) ou que "o juízo competente para processar e julgar o mandado de segurança é o da sede da autoridade coatora" RTFR 132/359 e, igualmente, RSTJ 2/347, RTFR 119/26, 132/243, 132/266, 134/35, 160/227, cf. Theotônio Negrão, CPC e

Legislação Processual em Vigor, 25ª ed., p. 1117, notas ao art. 14 da Lei do MS.

25 Lúcia Valle Figueiredo, em conferência que proferiu sobre Autoridade Coatora e Sujeito Passivo, (in Mandado de Segurança, Porto Alegre, 1986, Sérgio Antônio Fabris, p. 21 e segs.) narra um desses expedientes, que surpreendeu em sua prática como Juiz Federal. Diz a consagrada administrativista: "Outro problema que se colocou, esse bastante sério, foi o do Empréstimo Compulsório. Neste, deliberadamente, as autoridades administrativas, que legislam, resolveram impossibilitar a interposição de mandado de segurança, por meio do art. 7 do Decreto-Lei: 'Cabe ao Ministro da Fazenda praticar os atos necessários à execução deste Decreto-Lei e ao Secretário da Receita Federal expedir os avisos de cobrança do Empréstimo'. Com isso, o Ministro da Fazenda praticaria os atos necessários à execução do Decreto-Lei. O Ministro da Fazenda é autoridade sediada em Brasília. Com seu turno seria o Secretário da Receita Federal que expediria avisos de cobrança do Empréstimo. Com isso se pretendia deslocar também qualquer interposição, por via de mandado de segurança, contra o malsinato compulsório. É evidente. Se pensarem na extensão do Brasil, é evidente que está, por exemplo, sediado no Acre, não vai impetrar um mandado de segurança em Brasília, ainda mais se não se tratar de quantia vultosa. Se a quantia for um pouco mais módica, é evidente que esse mandado de segurança não seria interposto. Pretendia-se afastar a amplitude, a magnitude do mandado de segurança".

As causas da revisão dos contratos pelo juiz e o Código de Defesa do Consumidor

Luis Renato Ferreira da Silva

Advogado em Porto Alegre. Mestre em Direito pela UFRGS.

SUMÁRIO

I - Introdução; 1. A revisão dos contratos e as relações do Código de Proteção e Defesa do Consumidor; 2. Plano de Trabalho; II - O conceito de autonomia da vontade: visão clássica e moderna; A) Visão clássica; 3 - A teoria de E. Betti; 4 - A teoria de L. Ferri; 5 - Os princípios decorrentes da autonomia da vontade na visão clássica; 6 - A liberdade contratual; 7 - O efeito relativo dos contratos; 8 - A interpretação e a execução dos contratos; 9 - Os limites à autonomia da vontade; B) Visão moderna; 10 - As alterações no conceito; 11 - A autonomia como poder-função; Revisão dos princípios; 12 - A moderna liberdade contratual; 13 - O moderno efeito relativo; 14 - As modernas interpretação e execução; 15 - Os novos limites à autonomia contratual; III - Causas de revisão concomitantes à formação do contrato; A) Cláusulas Abusivas; 16 - Fundamento do rol do art. 51 do CDC; 17 - Natureza do vício causado pelas cláusulas abusivas; 18 - Efeito da presença das cláusulas; 19 - Revisão pelo juiz; 20 - A interpretação integrativa e o procedimento revisional; B) Lesão enorme; 21 - Conceito de lesão; 22 - O acolhimento da lesão pelo CDC; 23 - Âmbito de aplicação do instituto; 24 - Revisão e lesão; IV - Causas de revisão supervenientes à contratação; A) Teoria da imprevisão; 25 - Caráter clássico da teoria e requisito da imprevisibilidade; 26 - Outros requisitos; B) Teoria da base do negócio; 27 - Diferenças entre as teorias; 28 - A base objetiva; 29 - Revisão e teoria da base.

Abstract

Starting from the hypotheses that (a) we are going through a transition in which the courts, the doctrine and the law, itself begin of treat the possibility of the judicial revision of contracts diversely and that (b) there are several juridical figures that can enable this activity of the judge's, the present paper studies the institutes which give cause for the judicial revision of contracts at the consumer law.

Two groups of institutes that allow the revision are analysed. The first group consists in the concomitant causes to contract formation

The second group is the one which refers to the appearance of causes supervenient to contract formation.

I - Introdução

1. O tema da revisibilidade de cláusulas contratuais por atividade do juiz ganhou novo

impulso com o advento da lei de defesa dos consumidores. Classicamente, o assunto é versado dentro dos parâmetros da contratualística oitocentista, cingida sempre pelo forte caráter individual e liberal. Dentro daquele contexto, as oportunidades para que se desse uma atividade revisora eram muito limitadas.

Não obstante estas limitações, algumas circunstâncias afloravam como permissivas da revisão judicial, sempre que se verificasse um fato futuro e imprevisível que alterasse a economia negocial. Uma visão diferente (a) do próprio conceito de obrigação e (b) da noção da autonomia privada acarreta, modernamente, uma ampliação das situações de revisão, agregando-se aos fatos futuros e imprevisíveis, os futuros e previsíveis, mas frustradores do contrato, bem como fatos concomitantes à própria formação do pacto que ensejam a lesão enorme ou a presença de cláusulas abusivas.

Estas figuras, graças a esforços que ainda são levados a cabo, adentram a seara do direito civil comum, como fruto de construções dou-

trinárias e jurisprudenciais. Com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), porém, traçou-se um quadro onde estão estabelecidas as regras de revisão nas relações de consumo, o que acabará, certamente, por incrementar os modelos jurídicos referentes ao tema no direito civil¹.

No presente trabalho, pretendo esboçar as causas contempladas na lei 8.078/90, que concretizam o princípio de manutenção dos contratos.

No nível da dogmática civil atual, a possibilidade de tratar-se da revisão dos contratos por interferência de um terceiro, diverso das partes contratantes, só é possível tendo-se em mente uma minoração do papel desempenhado pela vontade dos contratantes como fonte das obrigações resultantes de um contrato. Esta evolução pela qual passou a vontade, antes intensamente atuante (com o predomínio da autonomia das partes sobre as regras majoritariamente disponíveis da lei civil sobre o tema) e agora um tanto mais atenuada (dando-se um novo sentido ao dogma da vontade), é examinada aqui como preliminar necessária para que seja possível cogitar-se das novas regras do direito do consumidor. Por meio do exame da evolução do conceito de autonomia da vontade, podem-se examinar as modificações que ensejaram o surgimento de conceitos protetivos do consumidor e uma visão mais social das relações travadas entre particulares².

2. O CDC, ao tratar dos institutos autorizadores da revisão, versa fatos concomitantes ao surgimento do próprio negócio jurídico que será revisado e, também, fatos supervenientes à conclusão do contrato. Estes fatos dão causas à revisão privilegiando a manutenção do pactuado, eis que as alterações ou as causas ínsitas poderiam, numa visão menos flexível, conduzir à extinção do negócio e não à sua adaptação.

O exame será feito, portanto, a partir da análise da premissa básica da modificação do conceito de autonomia da vontade e os efeitos que a sua conceituação (seja a clássica, seja a

moderna) acarreta. A seguir, posta a premissa, são analisadas duas causas concomitantes à formação, representadas pelas cláusulas abusivas e pela lesão enorme. No final, estudam-se as teorias possíveis de enfrentar o confronto das alterações fáticas com o contrato (a saber, a teoria da imprevisão e a da quebra da base do negócio), par que se veja qual delas o CDC adotou.

II - O conceito de autonomia da vontade: visão clássica e moderna

A) Visão clássica

3. A noção de autonomia da vontade evoluiu das teorias clássicas (cujo momento mais avançado está nas teorias preceptivas) para uma visão moderna que a encara como um poder-função que é posto nas mãos dos indivíduos. Dentre as teorias preceptivas desponta a propugnada por E. BETTI, em cuja obra se colhe a clássica definição de que a autonomia consistiria no "...*aparelho motor de qualquer consciente regulamento recíproco de interesses privados*"³, cuja atuação tornava o contrato *lei entre as partes*. Nesta visão, o negócio jurídico, fruto da autonomia privada, adquire um caráter preceptivo como fonte criadora de relações jurídicas. Para BETTI e seus seguidores a vontade não é conteúdo do ato de autonomia privada, mas tão somente a sua fonte geradora. O autor não se compadece do caráter de fonte do direito da autonomia da vontade expressada no negócio jurídico, eis que a força preceptiva deste advém de uma norma na qual vai haurir o caráter vinculante das partes envolvidas⁴.

Apesar do caráter objetivo que tal doutrina aporta ao tema, superando um enfoque subjetivo onde a vontade era considerada mais em razão do conteúdo do negócio do que como mola propulsora do mesmo⁵, nota-se nitidamente a noção clássica que vislumbra na autonomia da vontade um poder que sofre, apenas e tão somente, as limitações dos bons costumes e da ordem pública.

4. Na esteira destas teorias, ditas preceptivas, sobrevém a doutrina de L. FERRI estabelece uma desvinculação dos modelados pela autonomia da vontade do enamento jurídico como um todo.

Para este autor devem ser estabelecidos vários diversos para o agir dos indivíduos. Assim, a autonomia da vontade expressa uma âncora de *poder* dos cidadãos, entendido este no uma situação preliminar à relação jurídica travada entre as partes⁶. Do poder, que é *prius*, podem surgir relações jurídicas cujo conteúdo será um feixe de *faculdades, que já são ações internas à relação*⁷, de cujo exercício gem direitos que se tornam subjetivos da certos requisitos. Neste contexto, a autonomia da vontade é o poder de criar normas que regulem certas e determinadas situações viamente circundadas pela lei, dentro da tricionariedade que é insita a toda a instância de poder. Estas normas sujeitam-se, eventualmente, ao veto do ordenamento jurídico circunda o elemento⁸. A intervenção esta funciona tão somente como fonte de distribuição de competência. Do mesmo modo no separa para lei complementar tal ou qual tória e para lei ordinária outra, assim também são separadas matérias para a autonomia vada que se manifesta no negócio jurídico.

A senda é mais profunda porque as limitações estatais são de cunho exclusivamente negativo, no sentido de retirarem da autonomia as particulares as competências. Essas limitações não atuam como determinadora de fins na aplicação da liberdade contratual (o que ia a mesma coisa que suprimir a liberdade). Por isto FERRI afasta a possibilidade do Estado apontar um norte para o exercício do poder. Para ele, o poder da autonomia é um poder sem função, sem limites positivos⁹.

Com isto, instaura-se um círculo de liberdade negativa onde certas atitudes podem ser nadas livres de constrangimento externo¹⁰. Já, isto acaba reproduzindo a posição que spirou o tratamento do direito privado vindo na Revolução Francesa e contida

exemplarmente no Code Napoléon. O papel da legislação editada pelo Estado é o de *laissez faire, laissez passer*, só podendo fixar os lindes a partir dos quais ela própria não mais poderia ultrapassar¹¹.

5. Esta concepção evidencia a autonomia da vontade como uma fonte de direito, ainda que derivada¹². A partir dela, surgem certos modelos jurídicos que estabelecem verdadeiros princípios dentro do ordenamento. Os reflexos no ordenamento jurídico decorrentes da concepção clássica de autonomia da vontade encontram-se nas regras sobre (a) a liberdade contratual; (b) o efeito relativo dos contratos; (c) a interpretação e a execução dos contratos e (d) os limites estabelecidos para a autonomia.

6. A liberdade contratual, que para alguns autores como Pontes de Miranda seria prévia à autonomia privada¹³, parece ser decorrência desta. Isto porque aqui adoto a tese de que a autonomia da vontade era vetor ideológico de um tipo social e, portanto, tenho esta denominação como a mais abrangente. Por liberdade contratual denomina-se aquela especialização da regra geral através da qual as partes, ao quererem regar uma dada situação, socorrem-se do instrumento jurídico específico, o contrato.

Assim, a liberdade contratual pode ser decomposta em três momentos sucessivos, envolvendo as possibilidades de contratar ou não, escolher com quem contratar e determinar as cláusulas da contratação¹⁴. A ninguém poderia ser imposta uma contratação pois se é imanente à ordem jurídica a idéia de autonomia da vontade, sem que essa se expresse, impossível impor-se a contratação. Se o indivíduo é o titular do mais, que é recusar a contratação, evidentemente seria o titular do minus, escolher a outra parte. É que, se esta fosse imposta, podendo ele recusar a contratação por qualquer motivo, bastaria valer-se da primeira faculdade.

Porém, o apogeu da linha principiológica está na possibilidade de escolher o conteúdo (daí, quicá, denominar, Ponte de Miranda, este

item de autonomia ou auto-regramento da vontade) com o qual passariam a ser regidas as relações bilaterais. Aqui expandia-se o interesse da sociedade individualista, pois deixando-se nas mãos dos indivíduos a determinação desta ou daquela forma de contratação, estimulava-se, ainda que indiretamente, os mais hábeis a conseguirem vantagem em detrimento dos mais inábeis, o que atende, com perfeição, as leis do mercado. Ocorre, e não custa desde já referir, que à habilidade sucedeu a força econômica, o que passou a incomodar os próprio defensores da principiologia liberal, começando, pelo abuso deste poder, a abertura de uma intromissão em benefício daqueles que, embora hábeis, fossem fracos.

7. A força vinculativa dos contratos, por sua vez, desdobrava-se também no célebre aforisma *pacta sunt servanda* e na vinculação do juiz às determinações contratuais. O primeiro encontra guarida nas Constituições sob o mando do ato jurídico perfeito. A regra que concede *santidade* aos contratos é decorrência da segurança jurídica que se demanda para o pacífico convívio social. Não por outra razão é tão exaltado no campo do direito internacional¹⁵. Aperfeiçoado o contrato, fruto que é do agir livre das partes, estas não podem mais contra ele se rebelar, exceto se algum vício macula a vontade. Aquele que é livre não pode, ao espontaneamento submeter-se a um pacto, deixar de respeitá-lo absolutamente. Note-se que esta concepção¹⁶ é só parcialmente abrangente da vontade pois ela imobiliza o querer no momento da feitura do contrato, ignorando que a maior parte da relação se desenvolve, ao menos nos contratos de trato sucessivo e os de trato continuado, após a emanção volitiva de ambas as partes. Assim, a menos que estas se ajustem, emanando outra vontade, estarão escravizadas a um momento que já passou.

É do dia-a-dia de quem lida com contratante ver que este segundo acordo é muito difícil, mormente se o interesse não é a extinção, mas a simples modificação. Ocorre que, mesmos

âmbas as partes encontrando-se insatisfeitas com os termos contratuais, os pontos onde desejam provocar alterações não são coincidentes.

Por outro lado está o atrelamento do juiz ao contratado, e, às vezes, muito mais ao declarado do que ao que se quis. Este atrelamento tem reflexos no campo processual onde é decorrência da autonomia da vontade o princípio do dispositivo¹⁷, pelo qual as partes *dis põem* da matéria a ser apreciada pelo julgador, definindo na fase postulatória o que será o âmbito do contraditório. Na espécie contratual, esta definição já está como que preestabelecida na elaboração do contrato. Todas as soluções que não forem queridas já se encontram dele afastada expressamente ou não incorporadas. Se a vontade autônoma previu certas e determinadas condições, nada poderá o julgador, ainda que a instâncias de um dos interessados, fazer contra o contrato pois estaria a *negar vigência à lei das partes*¹⁸.

Os atos emanados da autonomia da vontade, portanto, são absolutamente vinculantes entre as partes e, quando estas divergirem, o julgador do litígio terá, como regra a ser aplicada no caso concreto, o que as partes determinaram autonomamente¹⁹.

8. A questão do reflexo da noção clássica de autonomia da vontade na interpretação e execução dos contratos, campo largo onde ocorreu a discussão referida entre as teorias da vontade ou da declaração, encontra expressiva manifestação na legislação de regência onde se diz expressamente que *nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*²⁰.

Nota-se, ainda hoje, mesmo na doutrina mais moderna, a força da regra da vontade quando se examina a aplicação do princípio da boa-fé. Quando se busca o recurso à regra da boa-fé, mesmo em códigos onde ela se acha expressamente consagrada, como no caso francês²¹, querendo se estabelecer certos limites à formação do contrato, mormente no caso de cláusulas abusivas²², recusa-se tal entendimento

as regras citadas só diriam respeito à interação e não à formação²³. Ora, se a ratificação, por ocasião de sua elaboração já estiver ao abrigo da boa fé, como pretá-la desta forma sem que se violente a ade inicial, no caso, isenta da boa fé? A de raciocínio, ao afastar regras de condutória (que são o conteúdo objetivo a boa formação, em verdade homenageia a autonomia da vontade e impede, a bem de dar-se naticidade ao mesmo negócio, que a intetação se afaste da violação, logo, até mesorrendo-se o risco de atentar contra a boa

Por fim, um último reflexo residiria nos es concedidos à autonomia da vontade. A tradicional evidentemente que teria que r sobre a teoria dos vícios de consentimenis que apenas o consentimento viciado ria invalidar a proposta feita e aceita. Asprospera a teoria dos vícios da vontade e se de institutos totalmente alheios a eles o sendo um atentado à sanidade da vontatarada. É o que ocorre com o instituto da enorme. De feição tipicamente objetiva, undo que fosse *ultra dimidium*, o Código l Napoleônico a inclui no rol dos vícios onsentimento e a limita ao extremo. A le enorme foi tratada e afastada de numeroordenamentos, inclusive do nacional, como nação da autonomia da vontade cujo imo não podia conceber que, ao depois, um ocio fosse desfeito porque uma das partes rejudicada em um *quantum* maior que o ável.

l'ambém outras causas de nulidade ou de são de negócios jurídicos foram afastadas incompatíveis com o dogma da vontade. e estas pode-se exemplificar com a quebra ase do negócio jurídico. Isto para não se da relutância que os ordenamentos jurís tiveram, e tem, em aceitar, até mesmo, a ia da imprevisão.

Restaram como causas invalidantes dos atos licos apenas aquelas que incidiam diretae na vontade manifestada. Se a volição

mantinha-se perfeita, nada mais havia para ter-giversar sobre o ato, bastava cumpri-lo. Afastam-se, justamente, o que aqui são considera-das como causas revisoras dos contratos.

Outros limites classicamente impostos eram as restrições que advinhavam dos bons costumes e da ordem pública. Estes dois elementos foram os únicos que permearam a doutrina clássica da autonomia da vontade mitigando certos excessos²⁴. Mesmo assim, o caráter protéico dos termos implicou em uma utilização bastante tímida até que a cidadela da vontade começasse a ser, paulatinamente, minada. O assédio começou, justamente, através da maleabilidade das noções de bons costumes e de ordem pública, mas a partir de uma mudança da mentalidade jurídica da época.

B) Visão moderna

10. As modificações na sociedade acabam por refletir, necessariamente, nas figuras jurídicas que dão seus contornos, de modo que as crises sociais que afetaram o capitalismo desde o seu surgimento foram, pouco a pouco, influenciando os modelos jurídicos criados²⁵. A massificação da sociedade com a conseqüente necessidade de um maior intervencionismo estatal rompe a separação absoluta entre Sociedade e Estado, o que implica numa visão diferente da autonomia da vontade. Afasta-se a idéia da vontade individual vista como um poder não adjetivado²⁶.

Apesar destas alterações, não se pode descurar da autonomia da vontade como um dos pilares do ordenamento privado, como foco emanador de auto-regramentos, que valorizam o indivíduo inserido na comunidade. É que os institutos jurídicos são moldados historicamente e cumprem uma função condicionada ao substrato das normas que os traduzem. A modificação do substrato, porém, antecede à alteração da norma e desloca a função que a mesma desempenha, ainda que formalmente aquela permaneça idêntica²⁷.

Portanto, não há porque desfazer-se do conceito de autonomia, senão que adaptá-lo a

modificações no substrato. Isso é possível na medida em que se deixa de encarar o ordenamento jurídico como um fim em si mesmo, como uma auto-limitação do poder estatal para atribuir-lhe um caráter instrumental, servindo para a *implementação de políticas*²⁸.

11. Dentro deste enfoque é possível conceber uma atribuição teleológica ao poder contido na autonomia da vontade. Certo que não se trataria de mera faculdade porque esta é um *minus* comparada com as relações oriundas do exercício da autonomia pelos indivíduos. O que a realidade parece impor é um esquema muito semelhante ao que ocorreu com a propriedade. Também o domínio viu mitigado os seus elementos tradicionais (uso, gozo, fruição), porque se lhe agregou uma carga a mais, a saber, a sua função social. Não foi outra coisa que ocorreu com a autonomia da vontade. De um poder puro passou a ser adjetivada como poder-função.

A moderna noção de autonomia da vontade implica que se a veja como um poder-função, ou seja, deixe de estar voltada tão somente para os fins individuais do titular, para englobar fins mais gerais, ou, indo-se mais longe, fins necessários que se impõem à vontade. A liberdade do indivíduo remanesce, mas os limites dela são o círculo social que tem objetivos coletivos que extrapolam o individual.

Portanto, a moderna noção de autonomia privada se insere dentro de um quadro onde os fins condicionam os meios e supera a mera noção de poder individual para que se dê lugar a uma visão de poder-função, voltada para uma sociedade massificada, onde o indivíduo perde como tal mas ganha como membro da comunidade. Trata-se, na realidade, de uma mitigação da dicotomia público-privado, desvinculando-se cada vez mais a solução dos problemas do domínio do dogma da vontade e aprendendo-se a tratá-los como conflitos de valores entre a tutela do indivíduo e a proteção do tráfego jurídico²⁹. Naturalmente aqueles quatro refle-

xos supra tratados terão sua compreensão modificada.

12. No que tange à liberdade contratual já se mencionou uma série de circunstâncias que vieram, pouco a pouco, dando novos contornos à autonomia. A visão tradicional, ao identificar a liberdade contratual como um princípio da sociedade livre, via nas restrições impostas à liberdade contratual uma invasão na esfera dos direitos individuais. No momento em que se consideram efeitos econômicos sobre o direito, na linha da *economic analysis of law*, o balanço entre custo e benefício começou a apontar para um custo social mais elevado que os respectivos benefícios³⁰, o que fez com que se passasse a uma estruturação na ordem econômica. Dadas as vinculações entre as regras da economia e as que expressam os direitos e garantias fundamentais, a mudança daquelas estava, inevitavelmente, conectada com a alteração destas.

Não mais se acha contrário ao direito individual de liberdade o fato de impor-se a contratação ou de determinar-se o co-contratante. É que, em ambas as hipóteses, as normas constitucionais que visam garantir a igualdade dos cidadãos e a livre iniciativa como valor social passam a ter incidência imediata. Trata-se do que a doutrina constitucional alemã denomina de *Drittwirkung*, o efeito constitucional perante terceiros³¹. Aqueles que exercem atividades de interesse comunitário (por exemplo, o proprietário de um hotel), não pode deixar de contratar com quem o procure sem que para tanto haja um motivo significativo.

Apenas este tipo de *intromissão* no que era o amplo campo da autonomia privada pode ser eficiente para minorar os abusos e as pré-contratações feitas por vendas de máquinas, por contratos de adesão, por condições gerais de negócios etc.

13. Outra questão diz com a vinculação dos poderes do juiz no exame dos contratos, o que implica em falar-se no efeito vinculante do

no perante às partes. É que passa a se contrair ao magistrado um campo de revisão muito maior do que o que possuía antes. Constatam-se causas que atingem o contrato não apenas os vícios da vontade mas também outras circunstâncias que acabam por modificar expectativas que os contratantes depositam no facto. Talvez aqui resida o ponto mais importante para este trabalho.

A doutrina clássica não aceitava que as inovações internas fossem consideradas como res que influenciassem o desenvolvimento da relação contratual. A nova visão contratual permeada pelo princípio da boa-fé, o qual em relevo a motivação, na verdade apenas seu aspecto objetivo. É que o comportamento segundo a boa-fé importa em criar expectativas que são legítimas no desenrolar das relações jurídicas. Por isso preleciona Clóvis do Couto e Silva: *A medida da intensidade de deveres secundários, ou anexos, é dada pelo do negócio jurídico. Mas, tal finalidade, no tocante à aplicação do princípio da boa-fé, não é a do fim da atribuição, de que normalmente se trata na teoria da causa. Por certo, é necessário que essa finalidade seja perceptível à outra parte.*

*Se cuida, aí, de motivo, de algo psicológico, de um plus que o integra o fim da atribuição e está com ele intimamente relacionado*³². A inovação se encontra no moderno Código de Defesa do Consumidor que estabelece a proteção dos interesses legítimos³³. Portanto, para adequar os pactos a estas expectativas legítimas é que começam a ser aceitas as exceções que superam a teoria da imprevisão, como o caso das cláusulas abusivas, da lesão enorme e da quebra da base do negócio jurídico, agora têm tratamento legislativo³⁴.

Partindo-se das noções até aqui expostas, verifica-se com Mario Bessone, quando afirma que a intervenção judicial nos contratos é cada vez mais acentuada e as assertivas acerca da autonomia ser exclusivamente atinentes aos interesses privados tornou-se uma *fórmula ritual*.

14. A interpretação e a execução dos contratos, por sua vez, também insere-se no plano supra exposto. Não mais se parte, como axioma hermenêutico, da igualdade das partes, senão que se investe o Judiciário de certos poderes. Analisando uma série de decisões da Suprema Corte, em nota na Harvard Law Review, afirma-se que a tendência do constitucionalismo americano é no sentido mais intervencionista do que de preservação do livre mercado³⁶.

Note-se um desenvolvimento jurisprudencial no sentido de direcionar a interpretação para o re-equilíbrio das prestações, atendendo verdadeiramente ao que as partes querem, e não mais imobilizando uma vontade que está distante da realidade. Este o caminho que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem desenvolvido no Brasil. As decisões que versaram a problemática dos sucessivos Planos Econômicos que objetivavam a estabilização econômica do País foram no sentido de alterar os contratos já estabelecidos, aplicando leis posteriores à sua formação e indo contra os exemplares mais tradicionais da jurisprudência³⁷.

15. Os reflexos que mais se fazem notar, porém, dizem respeito aos limites estabelecidos à autonomia da vontade. É que os verdadeiros limites passam a dizer com a realização da utilidade e da justiça do próprio contrato. Assim, passam a ser critérios limitadores da expansão contratual o seu desenvolvimento útil e justo. Dentro do esquema que se vem de expor, não poderiam ser outras as limitações.

O essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa, atendendo-se à satisfação das necessidades dos contratantes. Retoma-se a noção aristotélica entre justiça distributiva e comutativa. A comutatividade contratual importa em ver as partes em um equilíbrio, tornando o pacto algo útil, adotando este como norte objetivado pelo contrato. Por outro lado, a justiça, também no sentido

comutativo, passa a ser o elemento protetor nas relações contratuais, quer dizer, o elemento que limita excessos prejudiciais às partes e prejudica a *otimização* do contrato, dando-lhes o sentido da utilidade.

Dentro deste espírito, J. Ghestin dedica-se a uma análise mais concreta do contrato sob a ótica da utilidade e da justiça de um instrumento de trocas sancionado pelo direito objetivo³⁸. Só com uma visão destas é possível enfrentarem-se as mudanças sociais que inevitavelmente têm atingido o contrato. Com isto não se está desmerecendo a liberdade individual, mas colocando-a no âmbito onde poderá estar perfeitamente adequada à verdadeira intenção das partes que, inspirada pela boa-fé, não pode ser outra que a de realizar contratações justas e úteis.

Como visto, a flexibilização dos reflexos da autonomia da vontade enseja uma nova visão do regime contratual no qual desponta o CDC. De todas as modificações, centra-se o exame no que diz respeito à revisão dos contratos pelo juiz³⁹.

III - Causas de revisão concomitantes à formação do contrato

A) Cláusulas abusivas

16. O CDC adotou regulamentação expressa no sentido de banir dos contratos cláusulas que, resultando da prevalência de uma das partes sobre a outra, acarretem um prejuízo a esta.

A norma do art. 51 encontra seu fundamento na incidência do princípio da boa-fé que ele acolhe, na forma da cláusula geral, no seu inciso IV.

Não se pense que há inovação da lei criando o princípio da boa-fé no direito brasileiro. A lei simplesmente expressou o que era regra imanente dos institutos jurídicos. Nesta clarificação produzida pela legislação de consumo, vê-se, igualmente, o fundamento das cláusulas abusivas. Basta que se trilhe o seguinte raciocínio para verificar a correção da afirmativa. A

lista expressa do Código de Defesa do Consumidor é exemplificativa. Há, portanto, um outro *ponto de referência* para que se possam encaixar no rol cláusulas diversas das mencionadas. Dentre as cláusulas exemplificativas insere-se uma, de natureza geral, que poderia ou deveria vir anteposta à lista. Esta cláusula geral, por si só, serviria como gênero no qual cabem as regras dos demais incisos, eis que não passam de especificações de agires contrários à boa-fé ou à equidade. Se o parâmetro para completar-se o rol é a cláusula geral da boa-fé na sistemática legislada, ou o princípio da boa-fé nas relações extra-consumo, tem-se que aqui reside o verdadeiro fundamento do repúdio, pelo ordenamento jurídico, às cláusulas tidas como abusivas: ofendem, elas, a regra principiológica da boa-fé⁴⁰.

Anunciado tão largamente o princípio, é mister que se faça uma menção à natureza da boa-fé, que não pode ser entendida como a intenção subjetiva dos envolvidos, pena de perder-se nos meandros insondáveis dos bons ou maus agires dos sujeitos, mas deve se ater a critérios objetivos.

A noção subjetiva de boa-fé está presente em vários institutos jurídicos expressamente acolhidos no Código Civil. Aparece, por exemplo, no direito das coisas, regulando a natureza e a eficácia da posse, ou influenciando na aquisição da propriedade⁴¹; no direito das obrigações quanto à validade da extinção pelo pagamento ou na validade de certos contratos e, também, no direito de família⁴².

Já a regra da boa-fé objetiva implica numa série de efeitos que podem ser esquematicamente resumidos (a) no controle corretivo do Direito estrito; (b) no enriquecimento do conteúdo da relação obrigacional e (c) na negação em face do postulado pela outra parte. Todos estes efeitos se produzem a partir de critérios objetivos e não baseados na subjetividade do intérprete e do aplicador da lei. Com a objetividade do princípio busca-se afirmar valores éticos, sociais, econômicos que vão preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-

que são apanhados pelo aplicador/intérprete no que pode ser constatado na sociedade. Busca-se o conteúdo nos costumes do tráfico jurídico, ou no critério do homem médio (*ignis pater familias*), ou na diligência razoável dentro de uma dada sociedade.

Ao falar-se em boa-fé objetiva pensa-se nela no um *standard* jurídico apreensível no contexto em que a conduta examinada se dá⁴³. Em isto, ao mesmo tempo que se possibilita a mobilidade ao que lida com a cláusula, impõem-se limites que submetem a atividade a um controle externo, fugindo-se do subjetivismo tanto do que age (o que muitas vezes é quase impossível de apreender-se) quanto do que julga o agir⁴⁴.

Dentre os efeitos supra mencionados, interessa, no caso das cláusulas abusivas, ver a eficácia negativa da incidência da boa-fé, ou seja, a imposição de limites. As várias modalidades de limitações possíveis fundam-se na proibição genérica de abuso de uma posição jurídica. Sendo de boa-fé, um contratante não pode abusar de uma determinada situação fática e colocá-la em superioridade manifesta ante a outro contratante. É este fenômeno que as cláusulas abusivas tentam reprimir quando vedam certas práticas impositivas de renúncia de garantia ou de foro privilegiado, por exemplo. Estas cláusulas não existiriam ou não seriam aceitas caso houvesse entre as partes a mesma figura das tratativas e a sonhada igualdade entre os envolvidos no negócio jurídico. Como esses ideais são rarefeitos, em muitas circunstâncias acabam, os que estão em posição privilegiada, excedendo a vantagem que as regras de mercado naturalmente lhes dão, trocando o que deve ser, segundo a boa-fé, um bom negócio, para um negócio extremamente vantajoso.

Por todos estes motivos, o princípio da boa-fé parece ser o porto seguro onde atraca a incerteza do repúdio às cláusulas abusivas.

17. A consequência da presença de cláusulas desta natureza num contrato importa em nulidade de pleno direito, segundo a dicção

legal. O sistema de invalidade no direito civil comum é duplice. Tratam os autores das nulidades absolutas e das relativas, cuja diferença seria o grau de intensidade do defeito que macula o ato. Esta terminologia é criticada por Pontes de Miranda para quem o caráter relativo ou absoluto do ato diz com a eficácia dizendo que o Código versa a figura da nulidade e da anulabilidade. Aquela é sempre *ipso jure*, sem necessidade de ação judicial, enquanto esta depende sempre da manifestação judicial⁴⁵. Nelson Nery Jr., por sua vez, diz que o CDC promoveu modificação no esquema das nulidades transformando a nulidade de pleno direito (que prescindiria de decretação judicial) em nulidade absoluta (diferente da relativa ou anulabilidade, mas carecendo de manifestação judicial)⁴⁶.

Pontes de Miranda, esclarece que, muito embora a nulidade (que sempre é de pleno direito) não produza efeitos e prescinda de decretação judicial, as pessoas e até mesmo o Estado *atribuem efeitos a atos jurídicos nulos*, ocorrendo, de igual modo, que a lei exija, em caráter excepcional, certa forma de arguição de nulidade, como nos exemplos que cita sobre a nulidade de casamento e a nulidade de hipoteca⁴⁷.

O sistema do CDC não tornou obrigatório o controle prévio, pelo Ministério Público, das cláusulas gerais dos contratos, visto que o dispositivo legal que previa este mecanismo foi objeto de veto presidencial. Apesar disto, remanescem instrumentos para apurar a abusividade das cláusulas fora do âmbito judicial, seja através das providências fiscalizadoras da Administração Pública, seja através da instauração, pelo Ministério Público, de inquérito civil, preparatório da ação civil pública⁴⁸. Estas medidas constatarão nulidades que autorizarão a negativa de efeitos por parte dos interessados, o que só é possível graças ao caráter de pleno direito da nulidade. Com isto quer-se dizer que a figura constante é a do vício de nulidade que é, via de regra, *ipso jure*, tanto assim que o próprio Código de Defesa do Con-

sumidor previu meios extra-judiciais de constatação do defeito.

18. Assim, a regra do direito civil quanto às nulidades é a oriunda da máxima *utile per inutile non vitiatur*, fazendo com que a separabilidade de parte do conteúdo do negócio permita a realização do restante, ou a sua conversão⁴⁹. Mantém-se hígido o contrato em tudo aquilo que restar, retirada a cláusula abusiva. A tese de que haveria a possibilidade de aproveitamento da cláusula abusiva esbarra no fato desta sanção ser característica da anulabilidade. O sistema do CDC não é diferente.

Constatada a abusividade, impõe-se ao juiz que o decrete, o que independe de provocação das partes eis que pode realizar de ofício, dado o seu cunho de ordem pública. Ainda mais, este decreto é insuscetível de prescrição.

Retirada a cláusula que se enquadrar como abusiva, remanesce uma lacuna no negócio jurídico, haja vista não estar contagiado pelo vício. Esta constatação leva ao segundo tópico, a saber, a revisão que se procederá no contrato. Porém, deve-se ressaltar que a retirada do objeto da nulidade não é a única consequência que se produzirá. Dizer-se que o nulo não produz efeitos significa dizer que o que se objetivava com a cláusula abusiva, por ter sido esta nulificada, não ocorrerá, mas nada impede que outros efeitos (não queridos) surjam, como a responsabilidade de quem deu causa à nulidade, por exemplo. São chamados efeitos do fato da nulidade, como afirma Serpa Lopes ... o Direito tomará em consideração o fato em si mesmo⁵⁰.

19. Para que se entenda o aqui exposto, deve-se considerar que o fato de retirar-se de um contrato uma cláusula abusiva isolada já significa modificá-lo⁵¹. Portanto, ao realizar o confronto da cláusula com a boa-fé, constatando-a malferidora deste princípio, o juiz estará diante de uma parte nula do negócio, devendo expurgá-la. Criada a lacuna, surge o trabalho de desenvolvimento judicial, a fim de colmatá-la.

A regra do não contágio da totalidade do negócio pela parte nula indica que o esforço a ser desenvolvido pela atividade judicial é para a manutenção do pacto, regendo-se pelo princípio da conservação do contrato. Fica-se, assim, no meio termo do negócio original e do negócio nulo. O poder de revisão, porém, impede a incidência do princípio da convertibilidade, eis que o juiz amoldará o negócio ao suporte fático primitivo e não passará para outro que exija menos elementos, coincidentes com os que sobraram no primeiro, retirada a parte nula. A dicção do CDC também é neste caminho ao determinar a contaminação total apenas quando, ... apesar dos esforços de integração, a falta da cláusula colocar uma das partes em situação excessivamente onerosa⁵².

Deverá o julgador, ao afastar uma cláusula, integrar o contrato de modo que se possa dar execução ao mesmo. Sabe-se que todo o contrato tem uma finalidade que polariza o vínculo e autoriza o desenvolvimento de processos interpretativos que busquem alcançar esta finalidade. O caminho específico para a revisão, no caso presente, se dará, portanto, na via da interpretação. visto que a lei interditou a manifestação da vontade de uma única das partes por considerá-la abusiva, há que se procurar ajustar o negócio jurídico ponderando a duplicidade de vontades. Este o papel que a hermenêutica deve desempenhar e esta a forma de revisar o contrato atingido pela supressão de cláusulas abusivas. O juiz deverá integrá-lo, suprimindo a lacuna existente e, caso seja mister, impondo deveres e condutas às partes, minorando obrigações ou majorando-as, tudo para permitir a consecução do fim contratual. O juiz revisa o pacto reescrevendo-o e adaptando-o porque teve de amputar a passagem abusiva.

20. Conforme afirma E. Betti⁵³, a interpretação fixa e reconstrói o conteúdo do contrato. Ou seja, através dela pode-se construir o pacto para saber de sua abrangência e de seus fins. Especialmente estes.

Antiga é a discussão sobre o que deve buscar-se ao que deve se ater a interpretação. Fundamentalmente, as duas teorias que versaram sobre a matéria foram a *Willenstheorie* (teoria da vontade) e a *Erklärungstheorie* (teoria da declaração)⁵⁴. Betti filia-se à última quando diz que a regra jogaria a interpretação num subjetivismo gerado, só sendo válida naquelas circunstâncias onde não há recepção da outra parte, tudo resume-se à vontade do emitente (se o caso dos negócios *mortis causa*). Já nos negócios *inter vivos*, deve-se buscar o *ponto de vacância hermenêutica*, aquilo que, em cada contrato, pode ser tido, objetivamente, como conteúdo esperado ou que devia ser espera-

Dentro de um contexto objetivo, K. Larenz admite que se busque a chamada vontade hipotética das partes⁵⁵ como sendo aquela (a) normalmente aceita ou (b) normalmente esperada dentro da teologia contratual.

Tem-se que a interpretação destina-se a determinar a estrutura do contrato através da sua construção objetiva, tomando como âncora o chamado *ponto de relevância hermenêutica*. Neste contexto, para descobrir o ponto, há várias técnicas.

Pode-se falar (a) em interpretação psicológica ou técnica, reproduzindo-se a dicotomia *Willenstheorie/Erklärungstheorie*, sendo a psicológica a que busca a *mens* dos contratantes e a técnica a que se atém à declaração. (b) Há a interpretação individual e outra típica. A primeira examina caso a caso os contratos, adaptando-se ao individualismo de cada um, enquanto esta tem como fonte uma tipicidade fixa, geralmente encontrável em normas positivas nas quais vai se socorrer o intérprete sempre que carece de interpretar certo texto. Finalmente, fala-se em (c) interpretação cognitiva e integrativa (ou integradora). A primeira cinge-se a reconhecer o que as partes atuaram. A segunda importa em preencher as lacunas que as partes não preencheram ou que giram, como no caso das cláusulas abusivas. Há grande diferença entre a integrativa e a téc-

nica é que esta indaga e labora sobre o que está dito pelas partes enquanto aquela viceja onde nada foi dito.

Para aplicar-se a teoria sobre a interpretação integrativa no caso em exame, entra em ação, novamente, o princípio da boa-fé. E que uma das implicações da boa-fé é enriquecer o conteúdo das relações. A interpretação vai atuar neste campo, concretizando uma aplicação da boa-fé *secundum legem*, dentro da modalidade de interpretação integradora. A ausência de disposição contratual ocorre porque a boa-fé retirou a cláusula tida como abusiva. Agora, o princípio da boa-fé, como norma de conduta objetiva, deve preencher a lacuna que a sua incidência mesma abriu. Este ponto não se vincula à vontade das partes mas trata do que, objetivamente, pode-se intuir como legitimamente esperado e oriundo de um pacto como o analisado.

O papel revisor do juiz, no caso das cláusulas abusivas, deve valorizar a manutenção do contrato com base no critério objetivo da finalidade do pacto. É assim que ocorre a revisão sempre que determinada cláusula, afrontando a regra da boa-fé objetiva nos contratos, for considerada abusiva.

B) Lesão enorme

21. Outra causa que enseja a atuação revisora é a lesão enorme. Também esta é concomitante à formação do contrato. Aqui, a ausência de regras explícitas como as contidas nos incisos do art. 51 do CDC sobre cláusulas abusivas, dificulta a investigação da sua existência.

Ocorre que o instituto da lesão enorme desenvolveu-se, com o passar do tempo, no sentido de abandonar-se uma concepção puramente quantitativa, para englobar aspectos que consideram o comportamento do agente da lesão e da vítima.

Assim é que ordenações modernas evocam a lesão sempre que houver uma desproporção entre a prestação contratual e a contraprestação. Essa desproporção ora é quantificada⁵⁶, ora é

estabelecida em uma cláusula aberta⁵⁷. Porém, agregam a esta desproporção (que é o elemento objetivo do instituto) a análise do agir da vítima que deve ser levada a contratar com a cláusula lesiva por encontrar-se em *estado de necessidade, de inexperiência, dependência, ou fraqueza de caráter* (linguagem do Código Português) ou, como prefere o *Codice*, por encontrar-se em um *stato di bisogno*. De outra banda, o agente usurário deve explorar esta situação, seja porque a conhecia e não advertiu, seja porque se valeu de um *dolo de aproveitamento*.

A figura da lesão enorme representa uma tentativa de coibir a exploração de uma posição vantajosa tendente à obtenção duma vantagem excessiva. Através dela, protege-se a parte hipossuficiente. Vê-se que a principiologia não destoa da que orienta o CDC, ao contrário, vai ao encontro da mesma⁵⁸.

22. Tem-se afirmado que o novo diploma dos consumidores se embasa sobre dois grandes princípios. O do equilíbrio entre as partes contratantes e o da boa fé⁵⁹. Note-se que o equilíbrio de quem contrata não significa a igualdade, senão que bem demonstra uma instabilidade que precisa ser mantida no ponto equânime, eis que alguém ou alguma coisa se equilibra para não cair.

Na espécie, asseguram este equilíbrio alguns dispositivos entre os quais a proibição através do rol das chamadas cláusulas abusivas⁶⁰. Nesta lista, inclui-se a que veda a criação de obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV).

Este enfoque, que é seguida e frequentemente dado aos contratos de adesão, ganha hoje uma dimensão maior. Fala-se que a um dirigismo contratual se anexaria um *dirigismo de proteção* que se estenderia a todos os contratos onde uma desigualdade manifesta acarretasse um obstáculo à verdadeira negociação⁶¹.

Ora, todas estas idéias de proteção ao mais fraco (ainda que este conceito não tenha um caráter genérico mas seja apurado casuisticamente) e de repressão à exploração, verificáveis pela desproporção do preço, traduzem o que se insere nos fundamentos hodiernos da lesão. E se os antigos a tinham

como manifestação da moral na ordem jurídica, o paulatino distanciar das duas ordens de valores objetivou mais o campo jurídico, mas manteve intactos os valores que de certa forma coincidem com a moral.

Há uma certa dificuldade em, à primeira vista, perceber no CDC o acolhimento da *laesio*. É que, como tal norma veio imiscuída com outras tantas e aliou-se, especificamente no mesmo inciso, com o princípio da boa-fé, os autores não têm vislumbrado ali a lesão⁶². Mas a presença é detectável se confrontados os elementos que se quer presentes para a conceituação, quando se analisam os incisos do parágrafo 1º do artigo referido, onde se delimita o que é vantagem exagerada.

Ali estão postas, como tais, as que ofendem os princípios gerais do ordenamento jurídico. Vê-se aqui uma aproximação com a nulidade por violação aos bons costumes do BGB. A nota característica do instituto no direito alemão é a de apontar-se para uma situação de minoração de disponibilidade do sujeito ante o negócio. Está-se minorado não no querer, mas pode-se afirmar que a inferioridade diz com as condições negociais. Tanto que na casuística da aplicação do BGB considera-se a possibilidade de monopólio explorador do preço como contrário aos bons costumes. Também constam as que restringem os direitos ou obrigações fundamentais dos contratos e as que se mostrem excessivamente onerosas para o consumidor.

Note-se, esta última não trata o instituto de *excessiva onerosità* do direito italiano pois se considera uma verdadeira desproporção momentânea à formação do contrato, como ocorre na clássica figura da lesão, especialmente porque mencionado, no texto do CDC, a consideração às circunstâncias peculiares do caso.

23. Derradeira questão a ser enfrentada é a da extensão da aplicabilidade do defeito, bem como os remédios que se propõem aos lesados.

A legislação francesa limitou, no âmbito do Código Civil, a incidência da lesão nos casos de venda de imóveis. Influência do Primeiro Cônsul ou homenagem à tradição da lei se-

nda, teve-se uma restrição em relação aos usos do direito medieval, bem mais tangente, inclusive, quanto aos legitimados para a invocação do vício. Os códigos filhos do liberalismo seguiram pela mesma senda. Já legislações mais recentes voltaram a dar a sticidade a outros contratos, mas não avançaram quanto aos sujeitos passivos.

Veja-se, porém, que mesmo na França, com imitações inerentes àquele sistema, há quem fenda a incidência do instituto até mesmo nos contratos aleatórios. O espanto que pode causar este entendimento reside em que a não sempre visou manter o equilíbrio das estações contratuais e este equilíbrio só pode vislumbrado em contratos comutativos, que não o pólo oposto dos aleatórios. O cerne do desenvolvimento (que contraria a doutrina da majoritária) reside em que o contrato atório deve ser para ambos os lados. Segundo Deprez⁶³, conclui-se que não se pode fazer gorar a idéia de aleatoriedade quando há uma teza acerca da álea que conduzirá inevitavelmente para um lado. Ou seja, quando o caráter aleatório mascare uma certeza de contraleitivo.

24. Para superar o negócio lesivo ou usurário têm sido adotados alguns mecanismos específicos. Variam eles entre a rescisão do contrato por invalidade absoluta (nulidade), e o possível aproveitamento por ser passível uma anulabilidade convalidável. Apesar da disparidade, o que parece estar ocorrendo é outorgar-se ao lesado a possibilidade de desfazer o negócio ou vê-lo emendado pela implementação do justo preço.

Na Alemanha, o BGB fala em nulidade por contrário aos bons costumes, mas o art. 139, o qual se segue ao que prevê a lesão qualificada, admite que tal nulidade seja relativa, caso se rifique que o negócio seria realizado sem a parte nula, e procede-se à chamada redução do negócio.

Em Portugal, abrem-se as duas possibilidades, porém, a preferência recai sobre a conservação do negócio usurário na medida em que se dá ao lesado escolher entre a rescisão e a redução, mas dá azo a que o autor da lesão opte,

em sede de resposta, por implementar o preço.

Não é outro o sistema adotado pelo reformado art. 954 do diploma argentino que autoriza que a vítima escolha entre a anulação ou a modificação. Optando por aquela, o autor do prejuízo poderá escolher a modificação, não sendo a recíproca verdadeira, quer dizer, caso a opção seja pela modificação não poderá optar pela anulação.

No Brasil, face ao diploma dos consumidores, sustenta-se a possibilidade de revisão por incidência do art. 6º, V, que refere a revisão de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais⁶⁴, o que não é outra coisa senão a figura da lesão. Há quem diga que tal norma pertine apenas à onerosidade excessiva eis que no texto consta a expressão *atos supervenientes*. Em verdade, o dispositivo referido contém duas regras de revisão. A primeira, quanto a prestações desproporcionais; a segunda, quanto a fatos supervenientes. Logo, o remédio adequado, no direito brasileiro de consumidores, é o da revisibilidade (ou modificação, na dicção legal).

A integração, a título da revisão, se dará em moldes semelhantes ao aplicável na hipótese de cláusula abusiva. Importante é ver-se que o instituto da lesão pode ser causa autônoma de revisão tanto em contratos de consumo, quanto em contratos civis e comerciais que não digam respeito a relações de consumo propriamente ditas.

IV - Causas de revisão superveniente à contratação

A) A teoria da imprevisão

25. Outras situações há que criam alterações na relação contratual, mas estas, à diferença das duas anteriores, não estão presentes no momento da formação do vínculo contratual senão que surgem em momento posterior, tendo em comum, ainda, o fato de não submeterem a itens de previsão no contrato. Por estas semelhanças entre si, e disparidades com as causas concomitantes à

formação contratual é que as examino em separado.

Trata-se de lidar com situações supervenientes à contratação e fora do que estava previsto no contrato. Tradicionalmente, o enfoque é dado pela teoria da imprevisão.

Esta teoria, através de várias doutrinas que buscaram explicitá-la e encontrar o seu fundamento⁶⁵, vinculava-se e era uma exceção aceita, ainda que com certa renitência, pela doutrina clássica. É que ela funcionava a contento para permitir a quebra do *pacta sunt servanda* sem interferir com a autonomia da vontade das partes.

De uma forma resumida, pode-se dizer que a imprevisão operava como forma de extinção do contrato em primeiro lugar. Como o contrato era a livre manifestação das partes que se vinculavam ao que estatuíram, tudo o que não estava previsto e fosse previsível acabaria por não poder interferir na economia contratual, por mais que a afetasse. Por outro lado, a superveniência de fatos não previstos porque imprevisíveis, e que operassem a alteração da economia contratual de tal modo que o seu cumprimento restasse enormemente prejudicado, permitiria que se desfizesse o contrato.

Nota-se que os efeitos atingem o contrato não só porque não estavam regulados os fatos, mas porque não eram reguláveis, eis que incogitáveis. Apesar disto, ou por isto mesmo, a teoria recebeu acolhimento expresso em vários diplomas estrangeiros.

O direito francês, majoritariamente refratário à tese, nas hipóteses que a admite não refere expressamente a imprevisibilidade e o faz considerando o tema em legislação excepcional. Jacques Ghestin, ao referir esta circunstância, agrega elemento que pode ser um moderador da teoria. Indaga ele se a imprevisibilidade relaciona-se com o fato superveniente em si mesmo ou no que diz respeito ao desequilíbrio das prestações⁶⁶.

Esta última indagação, consoante a resposta que receba, serve para alargar a abrangência da teoria ou para restringi-la. É que de um lado está a se exigir a imprevisibilidade do fato. Ou seja, o fato deve ser incogitável. Isto poderia

ser sempre negado pois pode-se estabelecer, em qualquer contrato, que a superveniência de causas oneradoras (quaisquer que sejam elas) acabaria por extinguir o pacto. A visão restritiva também serve para acalantar os que se contrapõem à imprevisão. Com a carga de informações que o mundo moderno tem é possível antecipar até mesmo eventos da natureza, com uma precisão incrível, o que acabaria por excluir, caso se quisesse levar a tese ao extremo, até mesmo os terremotos ou tufões ou erupções vulcânicas que muitas vezes, mais do que onerar, impossibilitam o cumprimento.

De outro lado, responder-se à questão em favor dos resultados de um evento que pode ser em si mesmo previsível, mas cujas consequências são inestimáveis ou inavaliáveis anteriormente ao seu acontecimento, é ampliar o leque de acontecimentos que se enquadrariam na noção de imprevisibilidade. É este o raciocínio que tem permitido, em países de inflação contínua, alteraram-se contratos com a aplicação da teoria da imprevisão, e adotar como fato imprevisível os índices inflacionários. É que a existência contínua de taxas de inflação acabam por *normalizar* a desvalorização monetária, o que não impede que o *quantum* da desvalorização em um determinado período acabe por tornar-se inesperado e não previsto.

Este requisito da imprevisibilidade prende-se à visão voluntarística que a teoria da imprevisão carrega de forma imanente. É que se exige um fato imprevisível porque não se admite que, em sendo previsível e tendo sido deixado de fora pelas partes, possa imiscuir-se na relação contratual. É este o fator que, fundamentalmente, vai diferenciar a teoria da imprevisão da teoria da quebra da base do negócio jurídico e tornar esta mais abrangente do que aquela. Talvez isto (a geminação com a idéia de *pacta sunt servanda* como fruto da vontade) explique porque aquela teoria tem sido preferida a esta.

26. Além do requisito da imprevisibilidade do fato que cause a onerosidade excessiva ao pactuado, permitindo a adaptação do mesmo, é de se ver que a doutrina e as legislações que

aram expressamente o tema têm estabelecido outros elementos que devem estar presentes para que se fale em imprevisão.

São eles: (a) tratar-se de um contrato de execução continuada ou diferida; (b) existir a onerosidade excessiva para uma das partes; (c) colocar-se o dano fora da álea normal do contrato; (d) não haver culpa ou mora do devedor alega a onerosidade⁶⁷.

Tratando de instituto que objetiva afastar os futuros que afetem um contrato passado, gíco que haja a necessidade de, no momento da ocorrência dos fatos futuros, ainda estar em andamento o contrato, daí o primeiro requisito.

O acontecimento que acarreta a incidência imprevisão deve ter consequências para a economia contratual acarretando uma onerosidade excessiva pelo desequilíbrio no cumprimento do pacto. Diferentemente da hipótese de impossibilidade, cria-se somente a impraticabilidade por dificultar o cumprimento exacerbadamente. Corre-se o risco de o devedor ser arruinado para cumprir a obrigação assumida e isto quer-se evitar. Não basta, para configurar o requisito aqui exigido, haver um retardamento na execução, ainda que este atraso seja fruto de acontecimento previsível. Tem-se que agregar a ele um equilíbrio entre as prestações.

Outra questão diz com a inimputabilidade ao sujeito. Examina-se o comportamento da parte que pretende invocar a imprevisão. O comportamento da parte não pode ser reputado como o causador da situação anormal. Se a ocorrência da situação tivesse deixado de ser reversa, só vindo a ter relevância para o contrato por algum fato imputável, atribuível ao contratante, impossível a ele alegar a teoria da imprevisão como causa modificadora ou extintiva do pacto. Na verdade, trata-se de afastamento tradicional do direito de que não é to à parte *venire contra factum proprio*. Ou, que é pior, alegar em seu favor, a própria culpa.

O fato também não pode estar contido dentro da álea normal do contrato. Cada contrato tem, dentro de si, uma certa carga de in-

certeza e é para se resguardar desta variabilidade inerente a toda negociação que se firma um contrato. Esta faixa variável é que se denomina álea, ou seja, o risco natural a cada contrato que deve ser suportado pelo contratante prejudicado e que há, até mesmo, naqueles contratos com prestações certas e definidas. Caso o fato superveniente contenha-se na álea normal da contratação, a parte não poderá eximir-se do cumprimento alegando a imprevisão pois estaria a furtar-se de algo que é inerente ao pacto.

Com esta teoria, abrange-se as situações, portanto, de onerosidade excessiva para uma das partes por fato alheio ao seu agir, autorizando que se proceda a uma revisão do pactuado.

B) Teoria da base do negócio

27. Uma outra forma de tratar o tema, de modo mais abrangente e mais objetivo é valer-se da teoria da quebra da base do negócio. As diferenças entre ambas as teorias podem ser resumidas.

Em primeiro lugar pode-se estabelecer uma relação de gênero e espécie, no sentido de que na imprevisão, o elemento causador reveste-se de caráter genérico enquanto na teoria da base há um caráter mais específico. A teoria da base, por sua vez, engloba circunstâncias outras que as abrangidas pela imprevisão (como, por exemplo) a frustração do fim do contrato e não somente a onerosidade excessiva. Mas a principal diferença, marcante do subjetivismo e da vinculação à vontade que se faz presente na teoria da imprevisão e torna a teoria da base do negócio mais atraente, diz respeito à previsibilidade das circunstâncias supervenientes, exigida naquela e despendida nesta⁶⁸.

Já se vê, o âmbito de abrangência da teoria da quebra da base é bem maior do que o da imprevisão. E pela ausência de requerer-se a imprevisibilidade do fato superveniente que se sustenta adotada, no direito brasileiro, via Código de Defesa do Consumidor, a presente teoria. O art. 6º, V, 2ª parte, refere a possibilidade de modificação por tornar-se excessiva a

prestação por eventos futuros. Não se faz a exigência da imprevisibilidade do evento futuro. Isto aproxima a dicção legal mais da base do que da imprevisão, eis que amputado o elemento diferenciador entre as duas figuras, em favor daquela.

28. A doutrina é unânime em reconhecer que a origem da teoria da base negocial é no direito inglês, sendo uma constante a referência aos *coronation cases*. Porém, o desenvolvimento das obras acerca do tema segue o rumo da doutrina alemã, que o versou com mais profundidade dogmática que o direito anglo-saxão, não obstante a paternidade reconhecida deste.

A posição aqui adotada é no sentido de considerar-se a base objetiva do negócio. Entre as várias teorias que trataram o tema, nos dois sistemas referidos, houve as que propugnaram um enfoque subjetivo puro, outras um caráter misto com o objetivo, ou, ainda, as que tentavam unificar ambas as visões⁶⁹.

Não se pode considerar, no direito brasileiro, a visão subjetiva da base porque esta encontra tratamento legal diverso (considerando os moldes em que K. Larenz a versou) eis que consiste no chamado erro sobre motivo e na garantia dos vícios ocultos. Por tal razão, afirmava Clóvis Veríssimo do Couto e Silva: *Face ao nosso Código, tudo que não for condição, ou causa (causa típica) será motivo e, salvo se preencher os requisitos do aludido art. 90, nenhuma relevância terá sobre a eficácia do ato (...). É preciso salientar que essa digressão se refere somente à teoria da base subjetiva do negócio jurídico e não à base objetiva, notadamente ao princípio da equivalência*⁷⁰.

Já a base objetiva liga-se ao desaparecimento do fim essencial do contrato ou à destruição da relação de equivalência. Estas diferenças vão se refletir tanto nas condições para a aplicação, quanto nos efeitos. A interpretação, à luz da boa-fé, será o elemento essencial para a superação do impasse criado pela superveniência e o rastreador dos elementos componentes da base.

A adoção desta teoria pelo dispositivo citado do CDC enseja (a) uma visão que

desconsidere subjetivismos nos fatos ensejadores da revisão; (b) uma abrangência para situações onde houve a onerosidade excessiva ou, ainda que não onerosa, a perda da utilidade do pactuado e (c) permite que se faça um balanço casuístico, mas dentro de regras fixas (escapando-se de qualquer arbítrio judicial que extrapole a discricionariedade inerente ao tema), dos riscos inerentes a cada contrato e a cada situação concreta⁷¹. Ademais (d) não se exige um fato de caráter genérico, senão que se debruça sobre fatos pertinentes a um ou alguns contratos.

Afora os elementos que foram sinalados como diferenciadores da teoria da imprevisão e a da base, também para que esta se configure há de (a) tratar-se de um contrato de execução continuada ou diferida; (b) colocar-se o dano fora da álea normal do contrato e (c) a inexistência de culpa ou mora do que alega a quebra da base.

29. A revisão se dará, buscando o julgador o restabelecimento daquilo que é o padrão moderno da autonomia da vontade ou seja, o restabelecimento da justiça e da utilidade do pacto, através da recomposição da economia contratual, buscando manter, sempre o chamado sinalagma funcional do contrato (ou seja, o equilíbrio que deve ser mantido no curso da execução) que, por vezes, se afasta do sinalagma genético do mesmo⁷².

Notas

1 Convencido de que os princípios e regras acolhidos no CDC prenunciam o caminho que tomará o direito civil comum, inspirando as normas acerca das relações que extrapolem o microsistema das relações de consumo, desenvolvi minha dissertação de mestrado, que se encontra no prelo, analisando as causas de revisão no direito civil comum, à luz das disposições acerca do tema no CDC. No mesmo sentido do texto, afirma Aguiar Jr., Ruy Rosado de, *Aspectos do Código de Defesa do Consumidor in AJURIS 52/167*, que o CDC, *introduziu conceitos novos, que servirão de parâmetro para outros institutos jurídicos do Direito das Obrigações (...)*.

2 No parágrafo primeiro mencionei também uma modificação no conceito de obrigação. Esta é uma premissa básica mas que me parece vinculada, mais diretamente, à

bilidade das causas de revisão no seio do direito civil m. No direito dos consumidores vê-se uma atuação do papel desenvolvido pelo direito comercial, encarregado da circulação das riquezas ainda ara tanto valendo-se de conceitos relativos ao ramo obrigações. No direito civil das codificações do século 19 e início deste, o regramento das obrigações estava imamente ligado à uma forma de aquisição da propriedade pela qual, sem a modificação do conceito de obrigação, impossível adotar-se modelos jurídicos que vem não ver mais na obrigação o resguardo do que se desfazia da propriedade, mas uma relação ca onde ambas as partes envolvidas têm direitos e as pois entre elas não há supremacia de uma sobre a

Neste sentido, ao propugnar uma nova visão da obrigação, a pioneira obra entre nós, de Clóvis Veríssimo Couto e Silva *A Obrigação como Processo*, José Tsky Editor, São Paulo, 1976. Já no direito comercial obrigação importa circulação de riquezas e é um ato mais maleável, razão pela qual a dificuldade maior encontra-se no tratamento da fonte geradora de obrigações consistentes na autonomia da vontade. Tais motivam a que se considere, no presente trabalho, a modificação no conceito de autonomia, deixando-se isse do conceito de obrigação para quando se versar o campo do direito civil comum. Aliás, quicá em justificativa nesta visão diferente da obrigação as diferenciações nos regramentos positivos de cada estes ramos, penso, no caso do direito brasileiro, na ncia de regra expressa sobre a interpretação acorde a boa-fé no diploma comercial (art. 131) onde ordena a busca de interpretação na boa-fé e na natureza do ato e a regra do Código Civil (art. 85) que manda lerar-se mais a intenção das partes que o declarado. *Revista Geral de Negócio Jurídico*. 1ª ed., Coimbra Edições, 1969, v.1, p.88.

ti parte de uma distinção entre competência ativa que se relaciona com os efeitos jurídicos que o amento jurídico outorga aos atos dos particulares, e etência dispositiva que se refere à faculdade que estmos detêm de realizar os seus atos jurídicos, para análise desta visão ver Couto e Silva, Clóvis V. do, *uma história dos conceitos no direito civil e no direito civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa) (Bullow)*. RePro 37/238.

resenta bem a dicotomia entre visão subjetiva e obdo papel da vontade no negócio jurídico a célebre ta entre os partidários da teoria da vontade e os da ação. Naquela, valoriza-se, ao fazer-se a exegese, a de que as partes tinham ao elaborar o pacto. A esta denominou-se *Willenstheorie*. Para os seus defensoitres os quais despontava Savigny, o essencial no exa: um negócio jurídico era a vontade interna. Evidente, esta deveria ser expressada, mas a declaração as: caráter accidental ante o que realmente valia, a s-vontade de cada parte contratante. É a vontade que

serve de supedâneo do direito subjetivo emanado do negócio jurídico.

Em oposição, buscavam outros, partidários da *Erklärungstheorie*, uma feição mais objetiva. Afirmavam estes que a vontade interna nada significaria sem a exteriorização, o que faria desta, não mero acidente, mas verdadeira essência do negócio. Logo, sobrepairando à vontade estava a declaração pois ela era o elo decisivo entre a vontade e as obrigações novas.

Ambas as teorias mantêm uma ligação íntima com o dogma da vontade. O elo reside em que os defensores da teoria da declaração não queriam mais que fazer valer a vontade de outra parte eis que, a imperar a vontade interna, estar-se-ia sujeito a um subjetivismo unilateral, enquanto que a vontade estaria, para ficar-se mais rigorosamente adstrito à volição, em considerar-se a vontade de ambas as partes. Assim, a declaração atuaria como forma de deixar transparecer as intenções de ambas as partes e não apenas de uma só. Vê-se que o movimento de reação à teoria da vontade tinha como pano de fundo o mesmo dogma, apenas que tentando bilateralizá-lo. Neste sentido Santoro Passarelli, Francesco, *Variationi sul contratto in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970, p.1, onde está posto que *la teoria che, in contrasto con l'impostazione tradizionale, há sostenuto la prevalenza della dichiarazione sulla volontà, non sembra uscire, almeno per quanto riguarda i contratti, dalla logica volontaristica, in quanto tende anch essa a rendere operante la volontà del destinatario della dichiarazione, facendola prevalere su quella del dichiarante*. As duas teses, porém, esquecem o lado dinâmico do vínculo obrigacional (o seu enfoque como processo) e cristalizam a vontade no momento da formação ou da declaração, sem cuidar da sua evolução. Afirma Bessone, Darcy, do Contrato - Teoria Geral, 3ª ed., Forense, RJ, 1987, nota de rodapé 8, p.36, referindo-se expressamente à teoria da declaração, mas perfeitamente extensiva 'teoria da vontade: ... A teoria, se proporciona a segurança estática, apresenta a desvantagem de não garantir a segurança dinâmica (...) vale dizer, a segurança das movimentadas relações jurídicas que, no meio social contemporâneo, vão-se formando sucessivamente.

6 Ferri, Luigi, *La Autonomia Privada*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p.47.

7 Idem, ibidem.

8 Segundo Ferri, estas normas *...tienen un contenido propio, que las normas estatales determinan negativamente, sustrayendo al poder privado autónomo ciertas materias, ciertos grupos de relaciones que el Estado reserva a su regulación*. Idem, p.11. Exemplo da modalidade pode se encontrar no código Civil. art. 920 que trata da cláusula penal.

9 Por tal motivo afirma que, ao *...examinar tal problema he podido comprobar que la autonomía privada no es un poder al que corresponda una función. El Estado no ha indicado fines, ni propuesto intereses a los que este poder deba servir; se ha limitado a señalarle fronteras externas, esto es, límites negativos*. Ferri, idem, ibidem.

10 Sobre o conceito de liberdade positiva e liberdade negativa, ver Amaral Jr., Alberto do, *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, RT, SP, 1993.

11 Segundo Galgano, Francesco, *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, 2ª ed., Zanichelli, Bolonha, 1979, o direito privado oriundo da Revolução e expresso no Código Civil serviu como meio de defesa da burguesia contra a intervenção estatal. Afirma ele, a pág. 18: *La ragione della perdurante diffidenza (da burguesia contra o Estado) è ora solo economica: è la diffidenza di una classe che deriva la propria prosperità dal possesso e dallo sfruttamento delle risorse, e che è tanto più prospera quanto più estese sono le risorse che può possedere e sfruttare: essa è indotta ad osteggiare la proprietà pubblica e, in genere, l'utilizzazione pubblica delle risorse...*

12 Ao estabelecer sua pirâmide normativa, H. Kelsen afirma: *Estas normas jurídico-negocialmente criadas, que não estatuem sanções mas uma conduta cuja conduta oposta é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem, não são normas jurídicas autônomas in Teoria Pura do Direito*, 1ª ed. brasileira, Martins Fontes, SP, 1985, p.274.

13 Afirma o grande jurista que *Chama-se princípio da liberdade de contratar o de se poderem, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e princípio da autonomia da vontade, o de escolha, a libito, das cláusulas contratuais*, *Tratado de Direito Privado*, 4ª ed., RT, SP, 1983..., Tomo III, p.63.

14 No sentido do texto, diz Raiser, Ludwig, *La libertà contrattuale oggi in Il compito del diritto privato*, Giuffrè Editore, Milão, 1990, p.52: *In virtù dell'autonomia privata il singolo deve poter decidere in piena autonomia se, quando e come costituire in qualsiasi rapporto avventare ad oggetto una prestazione e quale contenuto darvi, come pure se modificare o estinguere rapporti preesistenti*.

15 Wehberg, Hans, *Pacta sunt servanda in American Journal of International Law*, v.53, 1959.

16 Segundo Couto e Silva, Clóvis Veríssimo do, *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*, ciclo de aulas proferidas na Universidade de Paris XII, em 1988, é esta ênfase excessiva sobre a vontade que está a manter uma dualidade de fontes de responsabilidade, eis que o desrespeito ao contrato é desrespeito à vontade e, portanto, submetido ao regramento desta, enquanto a responsabilidade extra-contratual, para a qual não concorre uma vontade legítima, muito menos declarada ou bilateral, não teria limitações de um possível autoregramento.

17 Ver Hattenhauer, Hans, *Los fundamentos historico-ideológicos del derecho alemán*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p.153.

18 Serve de exemplo destas alterações expressamente vedadas, até mesmo para as partes e, via de consequência, ao juiz, a regra do art. 1.246 do Código Civil que versa sobre o contrato de empreitada. Nesta regra, com base no conhecimento do mercado por parte do arquiteto ou do construtor, pressupõe-se sua correta avaliação dos custos

e, portanto, previsto um preço, este será imutável, mesmo que a mão de obra ou o material encareçam eis que a obra já está ajustada.

19 Há vários acórdãos neste sentido, exemplificativamente tem-se a decisão da Turma Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo no incidente de uniformização de Jurisprudência em Embargos Infringentes 136.192-2, publicada na Revista dos Tribunais (RT) vol. 667/92, maio 91.

20 Código Civil, art. 85.

21 O art. 1.134 manda que se execute conforme a boa-fé e o 1.135 do code afirma que *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*.

22 Tese defendida por Ghestin, Jacques, *Traité de Droit Civil. le contract: formation*, 2ª ed., LGDJ, Paris, 1988.

23 Mazeaud, Mazeaud e Chabas, *Leçons de droit civil Obligations*, 8ª ed., Montchrestien, Paris, 1988, t.II, v.1º.

24 Ver Bessone, Darcy, *Do Contrato...*, ob. cit., p.31-2, especialmente notas (2) e (3).

25 Segundo Miguel Reale, *Estrutura e modelos de experiência jurídica - o problema das fontes do direito in O direito como Experiência*, 2ª ed., Saraiva, SP, 1992, é importante verificar que só se pode falar em modelos considerando-se a estrutura social historicamente dada. *Elaborar um modelo jurídico é, por conseguinte, um trabalho de aferição de dados da experiência para a determinação de um tipo de comportamento não só possível, mas considerado necessário à convivência humana (...)* O que há (...) é uma tomada de posição (...) perante a realidade social e em função dela, de tal modo que entre o modelo jurídico preferido ou reconhecido, e a experiência deve haver uma correspondência isomórfica (...), p.162.

26 Couto e Silva, Clóvis V. do, *A Obrigação...*, ob. cit., p.18: *Não há separação tão rigorosa, no Estado moderno, entre Estado e Sociedade, pois ambas as esferas, a pública e a privada, se conjugam, se coordenam, se interpenetram e se completam. É evidente, em nossos dias, que por autonomia da vontade não se designa o poder de criar efeitos jurídicos, baseado somente na vontade de uma, ou mais partes, fora de toda a habilitação legislativa*.

27 Examinando as modificações nas funções dos institutos de direito privado, K. Renner, já no final de sua clássica obra *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1976, pág. 299, afirma: *We have seen that the economic substratum dislocates the functions of the norm, that it reverses them: but the norm itself remains indestructible*.

28 Neste sentido, Grau, Eros R. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, RT, SP, 1988, p.138.

29 Ver Raiser, Ludwig, *La libertà...*, ob. cit.

30 É o que afirma Bessone, Mario, *Svolgimento storico della 'law of contracts', il ruolo dei giuristi e la loro politica del diritto in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXIII, 1979, p.509-10: *Il controllo dei costi sociali e degli 'excesses' del 'free enterprise market system', i correttivi contrattuali delle possibili forme di abuso di*

oni dominanti, l'intervento con finalità di reazione a atti che costituiscono 'inefficient allocation by private' s of increasingly scarce resources' (...) finiscono così per fattori, concorrenti di un stessa 'policy', soltanto in enza episodica e disagregatta.

31 Grimm, Dieter, *La constitución como fuente del bo in Las fuentes del derecho*, Barcelona, 1983, p.13 e

brigação ..., ob. cit., p.40.

irma, sobre o assunto, Marques, Claudia Lima, *Conno Código de Defesa do Consumidor*, RT, SP, 1992, *Entre os novos legítimos interesses poderiam ser incluídos antes denominados motivos do ato e fora da prodo direito: agora podem ser protegidos*. Trata-se de es decorrentes da boa-fé que, sendo esta conceito ivo, também objetivam-se. Relacionando estas expectativas legítimas - sob a ótica do princípio da relevância otivos - com o princípio da transparência e o dever formação ao consumidor, Tomasetti Jr., Alcides, *O vo da transparência e o regime jurídico dos deveres e de informação nas declarações negociais para consu- Direito do Consumidor*, vol. 4/52. neste texto, ata-se a disparidade da disciplina do CDC com o di- comum, quando diz ... *predomina, nesse campo, o tipo da relevância dos motivos, sob o controle de um lo de transparência pela informação eficiente, de que e cogita, em geral, para o sub-sistema de direito privado vo.*

espectivamente, Código de Defesa do Consumidor, 78 de 11 SET 90, arts. 51, IV e § 1º e 6º, inciso V, 2ª

ssone, Mario, *Analisi economica del diritto e metodo studi di teoria del contratto in Rivista di Diritto merciale*, vol. LXXVII, p.67: *L'assunto che il contratto government dell'autonomia privata (e che il giudice può sostituirsi ad essa, perché 'le corti non possono fare itratto per le parti') diventa in ogni caso sempre più ormula puramente rituale.*

lota, sem identificação de autor, na HLR, vol. 97, p.1414, intitulada *Rediscovering the contract clause*, a certa altura, se diz: *Modern constitutional rudence has focused on resolving conflicts between state ederal regulatory rather than on preserving 'free' market.*

este sentido, serve de exemplo o julgamento no Re- Especial (REsp), 10.681, do Rio Grande do Sul, jul- pela 4ª Turma, em 11 jun 91, publicado na RT 674/ de dez 91.

firma o autor: ... *compris comme l'instrument des ges entre les hommes, réalisé certes par un accord de uté, mais sanctionné par le droit objectif en raison de tilité sociale et de sa conformité à la justice contractuelle.*

ontract ..., ob. cit., *avant-propos*.

sta mesma concepção pode-se ver em Marques, Clá- ima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, l., RT, SP, 1992, quando ensina: *Assim, o princípio o que o contrato não pode ser modificado ou suprimi- não através de uma nova manifestação volitiva das*

mesmas partes contratantes sofrerá limitações (veja nestes sentido os incisos IV e V do art. 6º do CDC). Aos juizes agora é permitido um controle do conteúdo do contrato (...) devendo ser suprimidas as cláusulas abusivas e substituídas pela norma legal supletiva (...) Relembre-se aqui também o enfraquecimento da força vinculativa dos contratos através da possível aceitação da teoria da imprevisão...

40 No mesmo sentido, Amaral Jr., Alberto do, *A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo in Direito do Consumidor* 6/27.

41 O art. 490 diz o que é posse de boa-fé; os arts. 510 a 517, regulam os efeitos quanto aos frutos, produtos e benfeitorias da posse de boa ou má fé; os arts. 550 e 551, concedem prazos diferenciados para a usucapião, conforme haja ou não boa-fé.

42 O art. 935 reputa válido o pagamento feito ao credor putativo se de boa-fé; o art. 968 isenta de perdas e danos no caso de alienação de imóvel recebido indevidamente, caso tenha havido boa-fé; o art. 1.477, parágrafo único, versa a boa-fé no contrato de aposta ou jogo; o art. 112, trata do tema nos contratos com o insolvente para fins de averiguar-se a fraude a credores; o art. 221, versa os efeitos do casamento nulo se contraído de boa-fé; o art. 225, parágrafo único, regula a extensão da responsabilidade da meação do cônjuge por atos praticados pelo outro frente ao terceiro de boa-fé.

43 Sobre os standards jurídicos ver Esser, Joseph, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial de derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, p.123 e segs.

44 Como afirma Wieacker, Franz, *El principio general de la buena fe*, 1ª ed., Editorial Civitas S. A., Madrid, 1986, p.36: *Buena fe o 'buenos costumbres' no son moldes acabados, que el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el proprio juez en la situación determinada de cada caso jurídico.*

45 *Tratado...*, tomo IV, p.42. A mesma parificação entre nulidade de pleno direito e nulidade é feita por Beviláqua, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 10ª ed., Francisco Alves, RJ, tomo I, p.331.

46 *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., Forense Universitária, RJ, 1992, p.335.

47 *Tratado...*, tomo IV, p.43-4, o grifo é original.

48 Medidas expressamente referidas por Nelson Nery Jr., nos comentários citados, p. 299. Recentemente a atividade fiscalizadora foi regulamentada pelo Decreto 861/93.

49 A regra do Código Civil é a do art. 153, primeira parte, o que é repetido no § 2º, art. 51, do CDC.

50 *Curso de Direito Civil*, 6ª ed., Freitas Bastos, RJ, 1988, tomo I, p.444.

51 Apontando este sentido e constatando que é uma tendência das legislações europeias, De Lamberterie, Isabelle; Rieg, Alfred e Tallon, Denis, relatório geral do tema *Le Controle de clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la C.E.E in Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 3 - jul/set 82, p.1.071.

52 Lei 8.078/91, art. 51 § 4º.

53 Teoria..., ob. cit., tomo II, p.239.

54 Sobre os postulados de cada uma destas teorias ver nota 5, supra.

55 *Derecho Civil - Parte General*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p.748.

56 O Código Civil Italiano considera lesiva a vantagem que exceda 1/2 do justo valor, o Código Francês fala em 7/12.

57 O BGB fala em *desproporção manifesta*, o Código Português em *benefícios excessivos e injustificados*, o diploma Argentino refere *desproporção chocante*.

58 Caio Mario Da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*, 4ª ed., FORENSE, RJ, 1993, p.210, afirma: *Não será, portanto, heterodoxa a idéia de analisar esse diploma (CDC) sob a inspiração da idéia força central de lesão.*

59 Para um tratamento decomposto destes dois princípios que denomina *básicos*, ver Marques, Claudia Lima, *Contratos...*, ob. cit., parte II; capítulos 3 e 4.

60 A importância da lesão é tão grande que se a considera causa autônoma de revisão.

61 Neste sentido, Fontbressin, Patrick de, *De L'Influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats in Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1986, p. 655 e segs.

62 Poucos o fazem, como Aguiar Jr., Ruy Rosado de, *Aspecto...*, art. cit., Nader, Natal, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor in Revista Forense*, vol. 311/37, Alberto Do Amaral Jr. *Proteção...*, ob. cit., p.252 e Caio Mario da Silva Pereira, conforme nota 58 supra.

63 Jean Deprez. *La Lésion dans les contrats aléatoires in Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.53, ano 1955, p.1.

64 O texto integral é: *São direitos básicos do consumidor: (...) V - A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.*

65 Entre elas despontam a Pressuposição de Windscheid; a Superveniência de OSTI; a das Circunstâncias Extra-Contratuais de Bruzin; a do Erro de Giovane, entre outras.

66 *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ, Paris, 1990, p. 148-149. Referindo-se à exigência legal da imprevisão, afirma que ... *si l'on fait abstraction du débat théorique, on observe que le caractère imprévisible de*

l'événement, quel que soit l'angle sous lequel on l'envisage, n'est pas pris directement en considération par le droit positif.

67 O Projeto de Código Civil que tramita no Congresso Nacional estabelece um outro elemento: a extrema vantagem da outra parte. A teoria vem contemplada nos arts. 478, 479 e 480.

68 Sobre a diferença, à luz de disposições positivadas, ver Almeida Costa, *Direito...*, ob. cit., p. 267 e Mosset Iturraspe, Jorge, *La Frustración del contrato*, Rubinzal - Culzone editores, Argentina, p. 81 e segs.

69 A teoria da base subjetiva deve-se a Paul Oertmann e teve grande repercussão na Alemanha no período que se seguiu à Primeira Grande Guerra. A teoria unitária é de Lehmann, atribuindo-se a teoria da base subjetiva e objetiva (sem fusionalas) à K. Larenz.

70 *A Obrigação...*, ob. cit., p.134.

71 Há tendências modernas que sustentam ser possível resolver a questão dentro da teoria dos riscos, afastando-se a tese da base do negócio. Entre elas a doutrina de FLUME, para quem pode-se discutir toda a situação superveniente tendo em conta a distribuição dos riscos. Assim, o trabalho hermenêutico para analisar o efeito das circunstâncias posteriores que incidam sobre o contrato consiste na análise da natureza do pacto e dos riscos assumidos. No mesmo sentido, Fikentscher afirma que *a base da confiança contratual compreende as circunstâncias que não estão incluídas na esfera dos riscos contratuais assumidos pelas partes...*, apud Denis, Philippe, *Changement...*, ob. cit., p. 247. Ainda, na mesma senda, este autor comenta a doutrina de Ingo Koller, a mais radical da espécie. Segundo o autor, a partir de uma visão econômica do direito, o problema dos fatos supervenientes resolve-se pela (a) possibilidade abstrata de dominar o risco (atribuindo-se o ônus à parte mais avisada para evitá-lo); (b) absorção dos efeitos do risco (suportando aquele que melhor absorverá, economicamente, a perda) e (c) iniciativa da divisão do trabalho (tocando o ônus ao devedor pois o trabalho contratual é feito em favor do credor).

72 Sobre os dois conceitos, ver Tomasetti Jr., Alcides, *Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano. Rejeição das cláusulas abusivas pelo direito comum in Direito do Consumidor* 2/52.

Os contratos de "shopping centers" e as cláusulas abusivas

Zuleika Pinto Costa Vargas

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Procuradora de Justiça.

SUMÁRIO

Introdução; I - As cláusulas abusivas: A - Noções Gerais; 1 - Teoria do enriquecimento sem causa; 2 - Teoria do Abuso do Direito; 3 - Teoria da lesão; 4 - Teoria da Boa Fé; 5 - Busca de uma síntese significativa; II - Os contratos de "Shopping Centers" e as cláusulas abusivas: A - Duplicidade Fixação de Aluguel; B - A Renovação de Aluguel; C - A Revisão do Aluguel; D - Res Sperata; E - Outras cláusulas; Conclusão.

Introdução

1. A evolução econômica e social de nossos dias, com a mudança da fisionomia das relações sociais, deu lugar ao aparecimento, no campo do direito contratual, de figuras novas de contrato, ainda não conhecidas, ou que ainda não penetraram com o devido aprofundamento na sistemática de nossa contratualística.

Dentre eles situamos os contratos de *shopping centers* como uma figura nova dentro da economia brasileira que tem suscitado muitas questões, algumas das quais pretendemos abordar no presente estudo.

2. No estudo da evolução da noção de contrato merece destaque especial e inicial o período histórico relativo ao predomínio da idéia de autonomia da vontade, tal a sua importância, refletida até nossos dias.

"A vontade é a causa primeira do direito": é assim que se enuncia o credo filosófico e jurídico dos séculos XVII e XIX¹. Segundo tal concepção, na base da estrutura social está o indivíduo, ou seja, uma vontade livre.

Vincula-se o dogma da autonomia da vontade a um posicionamento básico sócio-político - o liberalismo.

Constata-se, então, que o entendimento dos juristas franceses e alemães é comum: a vontade

humana é o fator essencial na criação, modificação e extinção dos direitos e obrigações.

Duas foram, porém, as teorias que procuraram explicar o primado da vontade: a teoria da vontade e a teoria da declaração.

3. A *Willenstheorie* tem um Thibaut, Puchta, Savigny, Windscheid e Zitelmann os mais importantes propugnadores, entre outros.

Segundo Savigny, chama-se declaração de vontade e espécie dos fatos jurídicos que não são apenas livres, mas que, segundo a vontade do agente, têm por fim imediato criar ou extinguir uma relação jurídica.

São, pois, dois os elementos dos negócios jurídicos: a vontade interna e a declaração da vontade, que devem ser, necessariamente, concordantes.

Esse fundamento leva a uma única idéia: a idéia da liberdade de contratar.

Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares, que se completavam reciprocamente, sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer *contratual* equivale a dizer justo (qui dit contractuel dit juste)².

Mas a teoria da vontade, conforme foi exposta, adequada a um sistema econômico individualista e pouco dinâmico, mostrava-se incapaz de satisfazer as exigências da moderna economia de massa, caracterizada pelo volu-

me de trocas e pela impessoalidade. Assim, a doutrina alemã, preocupada em garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações, incompatíveis com a atribuição da relevância decisiva à vontade individual, construiu a teoria da declaração.

4. As exigências da produção e consumo de massa determinaram "um processo de 'objetivação', o qual tende a perder parte dos seus originais caracteres de voluntariedade" (Galgano)³.

A construção desta teoria se atribui a Liebe⁴. Mas é Bülow que, em 1899, elabora uma teoria geral da declaração da vontade, adotando posição oposta à dos defensores da *Willenstheorie*.

Para esta teoria pouco importa que a declaração corresponda ou não ao conteúdo exato da vontade, pois esta não constitui a essência do negócio jurídico, sua força criadora. A vontade interna não chega a ser sequer um elemento componente do negócio jurídico, porque não passa de um momento passageiro de sua gênese. A vontade constitui uma causa, mas não um elemento componente do negócio. Não se deve levar em conta a vontade do efeito, senão a da declaração, que é indispensável⁵.

A *Eklarungstheorie* foi o primeiro ataque ao princípio da autonomia da vontade, uma vez que nega à vontade o poder de criar direitos e obrigações, sustentado pela *Willenstheorie*, não se libertando, contudo, do voluntarismo⁶.

5. Neste século, a teoria da autonomia da vontade, vem sofrendo sérias críticas. A teoria da validade ou da confiança tem sido difundida principalmente na Alemanha e representa um abandono da posição individualista que caracterizava a *Willenstheorie*.

A teoria da confiança, também denominada teoria do crédito social, empresta valor à aparência da vontade, princípio segundo o qual as situações aparentes prevalecem sobre a vontade real de quem, de qualquer modo, contribuiu para as criar, quando tal seja necessário para tutelar os interesses de todos quantos tenham confiado na aparência.

Tal concepção - da tutela da confiança - surgiu em razão do processo social moderno, da crescente massificação dos contratos e, portanto, da predominância do momento social e a conseqüente limitação da liberdade contratual.

6. Assim, o tráfico econômico, cada mais acelerado, se vai convertendo em um tráfico de massa. Um critério de racionalização e organização empresarial conduz a uma standardização das formas contratuais. O esquema tradicional do contrato é substituído pelos contrato standard - os contratos de adesão, contratos preformulados ou contratos com condições gerais.

É neste contexto que surgem os contratos de *shopping centers*, celebrados por adesão à cláusulas predispostas, onde o empresário consolida uma posição negocial dominante, impondo aos locatários uma situação de sujeição, que consiste na necessidade de aderir ou não ao ato, sem possibilidade de participar na conformação de seu conteúdo.

Esta nova forma de contratar, apesar de apresentar inúmeras vantagens, acarreta problemas relativos ao equilíbrio contratual, mercê da desigualdade das posições das partes no processo formativo do contrato, oportunizando, inclusive, a inserção de cláusulas excessivamente onerosas à parte que a adere, com vantagens para o predisponente - são as chamadas cláusulas abusivas.

O presente estudo pretende, numa primeira parte, apresentar noções gerais sobre as cláusulas abusivas, para, na segunda, apresentar algumas cláusulas constantes nos contratos de shopping center que, por suas características, se configuram abusivas.

I - As cláusulas abusivas

a) Noções gerais

Pode-se tomar a expressão cláusulas abusivas como sinônimas de *cláusulas opressivas*, *cláusulas onerosas* ou, ainda, cláusulas excessivas⁷.

A expressão *cláusulas abusivas*, embora não imune a críticas, consagrou-se na doutrina a legislação específica das últimas décadas.

Quatro teorias, na doutrina, procuraram fundamentar o controle da equivalência das cláusulas, a fim de permitir uma proteção eficaz contra o desequilíbrio dos contratos: a do enriquecimento sem causa, a do abuso de direito, a da lesão e o princípio de boa fé.

1 - Teoria do enriquecimento sem causa

Primeiramente, em face do princípio moral de que ninguém pode enriquecer às custas de outro, a doutrina, diante do desequilíbrio das prestações, viu no enriquecimento sem causa o fundamento das cláusulas abusivas. O impulsionador que redige cláusulas que lhe atribuem vantagens excessivas, enriquece injustamente. Assim, a noção de enriquecimento sem causa de corrigir a injustiça contratual.

Constata-se, entretanto, que tal noção não admite um controle do equilíbrio das prestações⁸.

Sua receptividade é, com efeito, submetida a condições rigorosas: a ausência de causa e a ausência de qualquer outra via de direito. Esta última exigência, acarreta imediatamente a exclusão desta técnica das relações entre contratantes. Seu caráter subsidiário, de uma parte, confere necessariamente um domínio restrito ao controle. De outra parte, a ausência de causa parece excluir a ação quando o enriquecimento pode se justificar por um direito oriundo de uma convenção ou de uma situação de qualquer natureza.

2 - Teoria do Abuso do Direito

Há os que entendem que a cláusula abusiva tem fonte inspiradora próxima à do abuso do direito. Para esses a cláusula abusiva é a manifestação por excelência do abuso do direito no contrato, pois abusa-se do seu direito quando,

apesar de permanecer dentro dos seus limites, se visa um fim diferente daquele que o legislador objetivava. Ou, ainda, aquele que tira proveito excessivo e injusto da convenção abusiva de seu direito de contratar.

Segundo Pontes de Miranda, o abuso de direito, para os juristas romanos, dependia da *malícia*. Pelo menos, essa era a regra. Depois supunha o ato contrário à função mesma do direito exercido, bastando a intenção ou consciência do desvio. Mais tarde, esvaziado de todo elemento psicológico, o conceito fez-se mais ligado à vida social que à projeção mesma dos direitos: é suficiente que o exercício do direito se desvie⁹.

Malinvaud entende que o fundamento da cláusula abusiva não se refere à teoria do abuso de direito, mas pode-se interpretar como uma cláusula excessiva, muito onerosa, que comporta uma vantagem indiscriminada a favor de um dos contratantes¹⁰.

3 - Teoria da lesão

Existem outros que aproximam a cláusula abusiva da lesão.

Há lesão quando o preço de um bem ou de um serviço fixado numa convenção não corresponde ao seu valor venal objetivo, apreciado pelo juiz, no momento da formação do contrato¹¹.

A cláusula abusiva é, de certa forma, lesiva. Mas a lesão funda-se em componente subjetivo (intenção de tirar proveito da situação da outra parte), constituindo vício de vontade, defeito do negócio jurídico; enquanto a cláusula abusiva tem natureza objetiva (o desequilíbrio das posições contratuais, provocado por uma das partes), sendo irrelevante a intenção¹².

A cláusula abusiva, independentemente dessas possíveis conexões de natureza, tem origem autônoma, com alcance mais restrito que o abuso do direito e a lesão. Situa-se apenas no âmbito das condições gerais, sendo inaplicável às relações contratuais comuns. O que é

abusivo no contrato de adesão a condições gerais pode ser válido no contrato negociado.

4 - Princípio da boa fé

Há ainda, os que ligam a cláusula abusiva ao princípio da boa fé.

Sendo uma criação do Direito, acentua Menezes Cordeiro¹³, a boa fé não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria uma definição lapidar do instituto, evitadas, em geral pela metodologia jurídica, tentativas desse gênero seriam inaptas face ao alcance e riqueza reais da noção. A boa fé, segue o autor, traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica.

A boa fé, como bem demonstra o autor mencionado, tem um papel fundamental no Direito, desde a *fides romana* até os fenômenos jurídicos novos, incluindo as condições gerais.

A boa fé apresenta-se sob dois ângulos: a boa fé subjetiva e a boa fé objetiva. A primeira, como consciência ou convicção de se ter um comportamento conforme o direito, ou como a ignorância do sujeito acerca da existência do direito do outro; a segunda, boa fé objetiva, se manifesta como um estado de ignorância valorado pelo Direito, com reflexos práticos¹⁴ ou como norma de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas neles depositam.

A boa fé objetiva importa em conduta honesta, leal, correta. É pois, a boa-fé objetiva que importa ao direito das condições gerais.

A lei alemã sobre as condições gerais dos negócios - AGB Gesetz - por assentar em uma jurisprudência experiente e não numa legislação súbita, demonstra o papel da boa fé no controle dos conteúdos contratuais, obtidos pela adesão a essas condições, razão pela qual

desperta muito interesse e tem servido de modelo a várias legislações.

Essa lei, que não é só aplicável aos consumidores, articula as cláusulas abusivas somente em três preceitos (parágrafo 9º a 11) que contêm uma cláusula geral proibitiva e duas listas de cláusulas abusivas (relativas e absolutas).

O parágrafo 9º proclama: são ineficazes nas condições contratuais gerais as disposições que, contra as regras da boa fé, prejudiquem de uma maneira desproporcionada o aderente. Considera-se prejuízo desproporcionado quando uma condição é incompatível com os princípios fundamentais da regulamentação legal do qual diverge, ou limita, de tal modo os direitos e deveres que resultem da natureza do contrato, que o fim do contrato é posto em perigo.

Os parágrafos 10 e 11 enumeram cláusulas proibidas, concretizando o que de algum modo já estava contido na menção à boa fé. Sujeitam-se estas listas a um juízo de valor no qual, novamente, intervém a boa fé.

A Lei Portuguesa (Dec.-Lei nº 446/85 a exemplo da legislação alemã, consagra a cláusula geral da boa fé, no seu art. 16, determinando, ao complementá-lo, a necessária ponderação dos "valores fundamentais dos direitos, relevantes em face da situação considerada".

O Código da Defesa do Consumidor, com nítida influência do art. 9º da lei alemã considera "nulas de pleno direito", as cláusulas que sejam incompatíveis com a boa fé e a equidade, estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em *desvantagem exagerada*.

O campo de aplicação desta nova lei visa atingir os contratos de consumo. Esta nova terminologia tem como mérito englobar a todos os contratos civis e mesmo mercantis, nos quais, necessariamente, deve estar em um dos polos da relação um consumidor.

Embora a lei tenha o seu campo de aplicação limitado, em função do conceito de consumidor - polêmico na doutrina e na jurisprudência

- os princípios e conceitos nela contidos, de qualquer forma, não podem ser relegados pelo aplicador da lei, nos conflitos acerca de execução de contratos desta natureza, na medida em que integram o sistema.

5 - Busca de uma síntese significativa

João Bosco¹⁵, em sua obra, entende que los os elementos antes analisados, poderiam servir para integrar o significado da expressão *cláusulas abusivas*.

Para o autor, uma cláusula contratual pode ser tida como *abusiva* quando se constitui em *abuso de direito* (o predisponte das cláusulas contratuais, num contrato de adesão, e o direito de redigí-la, previamente; mas nete *abuso* se, ao redigí-la o faz de forma a causar dano ao aderente). Também será considerada *abusiva* se fere a *boa fé objetiva*, pois, sendo a expectativa geral, de todas e quaisquer pessoas, há que haver equivalência em las as trocas. Presumir-se-á também *abusiva* a cláusula contratual quando ocorrer afronta a *bons costumes*, ou quando ela se desviar do *social ou econômico* que lhe fixa o direito. A aferição dessas condições não se faz, contudo, através da indagação da real intenção das partes intervenientes no contrato.

Helène Bricks, a fim de conceituar *cláusulas abusivas*, procura demonstrar as características dessas cláusulas, a partir da análise dos contratos de adesão:

a) têm elas a finalidade de reforçar a posição do contratante economicamente forte. Assim, ao pré-redigir o contrato e fixar cláusulas fundamentais, procura sempre assegurar mais seu negócio, livrando-se dos riscos e facilitando-lhe a execução;

b) elas existem, em abundância, nos contratos de adesão. O tráfico econômico atual ou a necessidade de se facilitar a contratação, levando a longas tratativas e discussões sobre cláusulas contratuais. Para tanto, surgiram contratos padronizados, impostos pelos empresários com poder de coesão, em detrimento

dos consumidores. Tais contratos, em que a desigualdade das partes é flagrante, tornam-se campo fértil para a proliferação de cláusulas abusivas;

c) as características, acima apontadas, levam a uma terceira, de caráter objetivo e mensurável - que é o desequilíbrio das prestações. A acenuação da desigualdade das partes faz romper a reciprocidade, atingindo de morte a justiça comutativa. Assim, é irrelevante a "intenção de causar dano a outrem", devendo prevalecer a verificação da *desigualdade, da falta de reciprocidade das prestações*.

Após assinalar essas características, formula a autora, a sua definição:

"Dans un contrat d'adhésion conclu entre un professionnel et un consommateur, unilatéralement préredigé (ver fl. 15 do trabalho) par le professionnel, est abusive tout clause entraînant, à l'avantage exclusif du professionnel, un déséquilibre des droits et obligations des parties".¹⁶

II - Os contratos de shopping centers e as cláusulas abusivas

Os contratos de *shopping centers*, assim considerados todos aqueles necessários à ativação do centro de consumo, conceituado pela maioria da doutrina como de locação e, portanto, regido pela nova lei de locações, são contratos anteriormente elaborados pelo empreendedor e oferecidos à adesão dos lojistas escolhidos.

Tais contratos, utilizando-se das condições gerais e concretizando-se através da adesão, são o campo fértil para a proliferação de cláusulas abusivas.

O predisponte aproveita-se de seu poder contratual dominante para exonerar-se de responsabilidades ou limitá-las, para atenuar obrigações ou facilitar a execução a seu cargo, ou, na perspectiva do aderente, para agravar ônus e deveres, estabelecer prazos injustos, intervir no ônus da prova, enfim, desequilibrar a seu favor o regulamento contratual.

Passa-se, a seguir, ao exame de algumas cláusulas desses contratos:

A - Dúplice fixação do aluguel

Ponto de fundamental importância para o funcionamento do *shopping center* consiste em saber se, nas locações das unidades que o compõem, é lícito fixar o aluguel, no todo ou em parte, através de *percentual*, que incida sobre o faturamento da empresa locatária ou sobre os lucros por ela aferidos, com ou sem o estabelecimento de uma quantia mínima ou máxima a ser paga.

O aluguel, no contrato sob análise, é *sui generis*, pois se apresenta de modo dúplice, como uma parte fixa e outra variável.

O aluguel mínimo, fixo, é uma espécie de *piso* mercadológico nas locações do *shopping center*, geralmente arbitrado em função da metragem quadrada da loja.

O aluguel móvel, ou variável é devido em forma de *percentual* sobre o faturamento bruto.

O empreendedor, ao locar, reserva-se a prerrogativa de cobrar, mensalmente, o mais alto dentre os aluguéis apurados. Fica claro, com isso, que o empreendedor deseja e, inclusive, estabelece que o lojista deve produzir vendas geradoras de aluguel *percentual* acima dos valores mínimos.

Parte da doutrina se insurge contra esta estipulação, vislumbrando um caráter ingerencial, chegando a indagar sobre a legitimidade deste critério, inclusive, por dar margem a uma fiscalização do locador.

Há quem vislumbre nesse aluguel participativo do locador um *benefício especial ou extraordinário*, incompatível com a locação, que a lei de luvas teria condenado expressamente em seu artigo 29. Tal estipulação situaria o locador na posição de verdadeiro sócio, subvertendo a estrutura da locação, transformando-a em *contrato de sociedade*.

O reconhecimento da abusividade de tal predisposição ficou salientado na Ap. Cível

8.835, quando o Des. Manoel Coelho, do TJDF, declarou em seu voto que o sistema engendrado pelo incorporador é uma das faces da inesgotável capacidade do capitalismo em criar formas de captação de máximo rendimento do seu capital com o menor esforço possível e sem qualquer risco.¹⁷

De outro lado, a liberdade na determinação do aluguel tem sido aceita e reconhecida como válida pacificamente pela grande maioria da nossa doutrina, conforme manifestação de Clóvis Beviláqua, datada de 1896:

"Além da obrigação de conservar e restituir o objeto, tem o locatário a de pagar a renda ou aluguel nos prazos convencionados, ou na falta de ajuste, conforme o costume. Se havia preço estipulado e a locação foi dissolvida por culpa sua, terá de pagar como se continuasse no gozo do objeto."

*A renda pode consistir em dinheiro em quaisquer outras utilidades"*¹⁸.

"Juridicamente irrelevante é a circunstância de, na locação *percentual*, *variar* o quantum do aluguel, pois não diz o art. 1.188 do Código Civil que à cessão do uso e gozo do bem locado deva corresponder *retribuição certa*, mas, sim, certa retribuição. Assim, é, também nos Códigos das demais nações, como o italiano (*verso un determinato corrispettivo* - art. 1.571), no alemão (*o aluguel convencionado* - art. 535), no suíço (*moyennant un loyer* - art. 253) no francês (*moyennant un certain prix* - art. 1.709), no português de 1867 (*mediante certa retribuição* - art. 1.595), no português de 1966 (*mediante retribuição* - art. 1.022) etc."¹⁹

Não é necessário que o montante do aluguel seja conhecido *a priori*, mas que seja determinável, através de critérios preestabelecidos.

O professor Orlando Gomes, na sua obra, assim se manifesta: "A obrigação capital do locatário é pagar o aluguel. O objeto dessa prestação é, normalmente, soma de dinheiro, mas se admitem e excepcionalmente outras coisas ou, mesmo, serviços. Importa que haja retri-

uição, por ser de sua natureza a onerosidade."²⁰

De igual modo, a jurisprudência brasileira, em discrepância considera válido o aluguel *sim pactuado*, até mesmo em locações comerciais tradicionais.

B - Renovação do aluguel

Impossível pensar em renúncia à renovação do aluguel. É a regra decorrente do *intervencionismo estatal*, fundado na proteção do fundo do comércio, e a lei nulifica qualquer cláusula neste sentido (art. 45).²¹

Mesmo na vigência do dec. 24.150/34, a doutrina, em sua maioria, reconhecia ao locatário de unidade em *shopping center* o direito à renovação compulsória.

A aferição das condições legais do direito de renovação do usuário de unidade em *shopping center* deve ser feita objetivamente. Desde que contradas, assiste-lhe direito à renovação compulsória.

O direito à renovação constitui princípio de ordem pública, nos termos do art. 30, da antiga lei, também repetido pela nova.

Alfredo Buzaid procura classificar juridicamente o direito à renovação, assim concluindo: "o direito à renovação não pode ser considerado mero direito pessoal, consistente num *édito* contra o locador, a fim de obrigá-lo a permitir a fruição da coisa; é, ao contrário, um direito autônomo, cuja criação independe de manifestação expressa de vontade do locador; nasce da lei, desde que concorram as condições por ela previstas. Por isso pode ser dado com o fundo de comércio, independentemente da anuência do proprietário do imóvel. Tem caráter misto; funda-se numa relação *trídica* locativa, mas está provido de um elemento real, que opera direta e imediatamente sobre o imóvel e é oponível erga omnes. Arado de uma ação, que assegura a continuidade do fundo de comércio explorado pelo locatário, pode ser exercido contra o locador ou quem lhe suceda na locação, inclusive o

adquirente do imóvel."²²

De outro lado, pondera Fernando Albino de Oliveira, se se admitir que o empreendedor também tem um fundo de comércio, que precisa igualmente de proteção para resguardar os interesses dos demais lojistas, pode-se admitir que tenha ele o direito de retomada diante de um lojista ineficiente, que não está mais se coadunando com a dinâmica do shopping. Com isso, o empreendedor poderia ceder o espaço a outro lojista mais eficiente.²³

Dáí, não ser sem razão, sustentam alguns doutrinadores, a obrigatoriedade geralmente imposta pelo locador, seja no próprio contrato ou nas Normas Gerais, no sentido de que o locatário, por certo período, supere o aluguel mínimo, pagando o *percentual*, sob pena de não habilitar-se à renovação de seu contrato.²⁴

Cláudio Santos manifesta reservas em relação à eficácia desta condição. Segundo o doutrinador, pode parecer um *fraudem legis*, aparenta cláusula com intuito de anular um benefício conferido pela lei ao locatário e, que, no caso, é reconhecido ao lojista, segundo o texto do art. 52, 2º, e do art. 54, que confere o exercício das ações cujos procedimentos estão disciplinados na lei 8.245/91.²⁵

Sustentam outros doutrinadores, ainda sob a égide da lei antiga que, por não estar a locação de loja instalada em *shopping center* submetida ao decreto nº 24.150/34, não teria direito à renovação da locação. Tal argumento cai por terra diante dos termos da nova lei de locações que, expressamente, inclui os *shopping centers*, no seu campo de aplicação.

Não se pode negar que as condições peculiares do *shopping center* criaram novos parâmetros na elaboração do contrato de locação, os quais merecem ser ponderados no curso da ação renovatória. O mais ostensivo deles diz respeito, justamente, à fixação do aluguel para o período a renovar.

O contrato, como já se disse, não se resume em estipular o aluguel mínimo, de importância fixa, reajustado com base em índice fixado no contrato, mas estabelece uma outra

alternativa, consistente em estipular o aluguel em função de percentagem sobre as vendas brutas. Há quem sustente que tal critério, por provocar a atualização do aluguel, torna inócua a revisão da renovatória, na parte do aluguel, pois estabelece parâmetros de avaliação permanentes, nada havendo de abusivo na cláusula que dispusesse sobre a sua renúncia.

Quanto ao aluguel percentual, alega Orlando Gomes, que este critério rejeita qualquer majoração coativa, por ser *invariável* o percentual convencionado. O que varia no aluguel, diz o doutrinador, é a *quantidade*, que é maior nos meses em que as vendas aumentam e menor quando caem. Alega, ainda, que a alteração do percentual por sentença judicial implicaria a ilícita interferência do magistrado na economia contratual, com o rompimento do equilíbrio necessário à organização. Daí defender a tese da intangibilidade do percentual.²⁶

Assim, para tal doutrina, a manutenção do sistema do aluguel em percentual, a par ou não de um aluguel fixo, é *fundamental*. Do contrário, como já salientado acima, poderão ser inviabilizadas as locações das lojas menos lucrativas e comprometido todo o sistema que inspirou a formação do conjunto.

Entretanto, como bem pondera Luiz Antonio da Silva, a manutenção do aluguel percentual, cujo quantum, em princípio deve ser mantido, não impede que, em casos excepcionais, uma perícia que leve em conta os critérios utilizados originariamente no estabelecimento do percentual venha a alterá-lo, para mais ou para menos, por ocasião da renovatória.²⁷

Caio Mário Pereira da Silva sustenta que se o juiz, ao sentenciar, entender que a aplicação dos parâmetros contratuais não atendem às exigências de justiça, poderá ser feita uma atualização. Salienta, entretanto, que não pode ser alterada a estrutura original do contrato, devendo ser respeitada a idéia central da predominância do maior valor entre o percentual sobre o faturamento bruto e a parte fixa.²⁸

Quanto ao aluguel mínimo, entendem alguns que, quando da renovatória, deve sofrer revisão, considerando que o contrato é dinâmico, sobretudo em se tratando de um *shopping center*, onde se exigem mudanças mercadológicas constantes, que podem valorizar de forma substancial a loja. Não há, sustentam, nenhuma razão de fato ou de direito que faça o aluguel mínimo imutável.

Em sentido contrário, há os que afirmam que, se houver renovatória, na sentença o juiz ficará adstrito a fixar o aluguel mínimo segundo os critérios preestabelecidos no contrato. Daí, por consequência, defendem a licitude da cláusula de *renúncia do locatário ao direito de arbitramento do aluguel* no curso da renovatória. Sustentam que nada tem de imoral ou ilícita a cláusula que preestipula o critério a ser observado na fixação do aluguel mínimo e, portanto, nada tem de imoral ou ilícita a cláusula contratual mediante a qual o locatário renuncia ao arbitramento judicial do aluguel nos períodos de renovação da locação.

Sustenta Rubens Requião que “as partes ao formularem o contrato de locação inicial, sob a égide da organização do *centro comercial*, estabelecem previamente um sistema de revisão do aluguel mínimo, periodicamente, tendo em vista, geralmente, o índice das ORTN. Com isso o aluguel fica atualizado, ficando dispensado pelas partes o difícil mecanismo do arbitramento”. Diz, ainda, o referido autor, que “isso não quer dizer que se tenham escravizado ao contrato de locação; vencido o prazo contratual, podem rejeitar sua permanência no sistema moderno e se retirar, entregando o salão onde instalaram suas lojas. O que não é de boa moral é ter concordado com o sistema e após certo tempo querer com ele romper, invocando a autoridade do magistrado.”²⁹

Algumas opiniões são levadas a considerar tal sistema atentatório ao Direito. Entendem estes juristas não ter validade e, portanto, abusiva, a cláusula que renuncia o arbitramento judicial do aluguel. Sustentam que, em consonância com o nosso sistema legal e a lei do

inquilinato vigente, ser nula a cláusula que reia ao arbitramento, não obstante prevaleça na nossa legislação a liberdade contratual e o princípio da autonomia da vontade. É que os precisam estar subordinados ao namento jurídico.

A revisão do valor locatício por perícia é, portanto, a essência da atual lei do inquilinato. Qualquer subtração neste sentido consistiria a afronta à lei, principalmente, considerando-se os termos do art. 45.

Convém ressaltar que não existe uma obrigatoriedade da revisão judicial do valor do aluguel, pois havendo critério predeterminado, podem as partes simplesmente renovar o contrato mantendo a cláusula e a forma preestipulada de reajustamento.

De outro lado, por ser abusiva a cláusula de renúncia de arbitramento, não impedirá a efetivação, sempre que for necessário, ou quando houver um desequilíbrio muito de, seja em favor do locador, ou do empenhorador ou do locatário.

C - Revisão do aluguel

Prevê a nova lei de locações prediais urbanas: “Não havendo acordo, o locador, ou o locatário, após três anos de vigência do contrato do acordo anteriormente realizado, pode pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado” (art. 19).

As partes são livres para fixar o novo valor do aluguel ou alterar a forma de reajuste (art. 18).

As cláusulas estipuladas no começo da locação não são pétreas. Se a revisão do aluguel for obtida através do consenso, poderá ocorrer via judicial, a fim de adequar o aluguel ao preço de mercado.

A ação revisional é, portanto, procedimentalmente cabível, inobstante a declaração indexatória do aluguel, já que o espírito moderno desta ação não é o do sim-reajustamento corretivo, mas da obtenção de novos patamares de valores.³⁰ Uma

coisa é o preço a acompanhar ou não a atualização da moeda, e outra, acompanhar ou não a variação do preço de mercado, que segue a lei da oferta e da procura ou da rentabilidade, coisas, entre si, bem distintas.³¹

A revisão, diante de razões de ordem conjuntural, como uma recessão econômica, pode dar-se a qualquer tempo, inclusive para reduzir o aluguel mínimo.

Também outras razões podem ser invocadas para a redução do aluguel mínimo, como a improficiência do empreendedor na locação dos espaços disponíveis, em especial, das chamadas lojas âncoras, que nestes sistemas são como planetas, de tal sorte a comprometer o faturamento dos lojistas instalados, ou, ainda, face ao inadimplemento do empreendedor.

As mesmas considerações expendidas, quando do exame da ação renovatória, no que diz respeito à revisão do aluguel mínimo e percentual, aplicam-se às ações revisionais.

D - Res Sperata

A *res sperata*, conforme já nos manifestamos em estudo anterior, seja como garantia de reserva, ou mesmo como retribuição pela cessão do fundo de comércio, não encontra qualquer óbice para a sua cobrança na contratação. A nova lei do inquilinato não veda a cobrança de qualquer quantia do locatário, na oportunidade do contrato ou do pré-contrato, na medida em que silenciou a respeito.

Entretanto o que está claramente proibido é a cobrança de remuneração de qualquer espécie, na renovação, porque o artigo 45 da nova lei preceitua serem nulas, de pleno direito, as cláusulas restritivas do direito à renovação ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.³²

Dentro do equilíbrio consagrado nas relações entre locador e locatário, não se encontra um lugar cômodo para uma retribuição qualquer ao locador, além do aluguel, quando referente a um novo prazo contratual.³³

e) Outras cláusulas, ainda, nos contratos de shopping centers são controvertidas, cujo exame será objeto de trabalho posterior, tais como a vedação da cessão da locação, a fiscalização da receita das lojas pelo locador, a que obriga o locatário ao pagamento de 13º salário aos empregados e ao pessoal da administração do shopping center, a que obriga o locatário a contribuir para um fundo de promoções coletivas, a que subordina a vigência do contrato à sua permanência na associação, a que tem de se filiar para obter a sua condição.

Tal controle levado a efeito nos contratos de shopping center visa, de um lado, conter o excessivo poder econômico do empreendedor, e por outro, proteger o locatário, parte mais fraca neste tipo de relação contratual. Tem por finalidade, na verdade, atingir uma situação de equilíbrio concreto entre as partes contratantes.

- 1 Rieg, Alfred. Le rôle la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle. Archives de Philosophie du Droit, 1957, p. 125.
- 2 Roppo, Enzo. O Contrato. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 1988, p.35-6.
- 3 Idem, p.69.
- 4 Die Stipulation und das einfache Versprechen., 1840, p. 76, apud A. Rieg, op. cit., p. 129. Nesta obra o autor acentua que o verdadeiro elemento sobre o qual pode repousar a validade jurídica do ato não se encontra na expressão da vontade, mas em circunstâncias que a fixam.
- 5 Rieg, A., op. cit. p.130.
- 6 Schlossmann, em sua obra Der Vertrag, pretendendo negar o princípio da autonomia da vontade, chegou até negar as noções, jamais postas em dúvida, como obrigação e contrato, considerando este último *ein juristisches nichts*, apud in Rieg, op. cit. p. 131.
- 7 Malinvaud, Philippe. Le Condizioni generali di contratto, in Le Condizioni Generali di contratto, dirigido por Massimo bianca, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1981, p.437.
- 8 Bricks, Hélène. Les Clauses Abusives. LGDJ, 1982, p.25.
- 9 Pontes de Miranda. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I, Rio de Janeiro, 1973, p.283.
- 10 Ob. cit., p.437.
- 11 Ghestin, Jacques. Traité de Droit Civil. Les Obligations, Les Contrat: Formation. 2^a edição, LGDJ, Paris, 1988, p. 622.
12. Lobo, Paulo Luiz Neto. Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 157.
- 13 Menezes Cordeiro, ob. cit., vol. I, p. 17-8.
- 14 Idem, p. 24.
- 15 Leopoldino da Fonseca, João Bosco. Cláusulas Abusivas nos Contratos. Editora Forense, São Paulo, 1993, p. 127-8.
- 16 Ob. cit., p. 9.
- 17 Jurisprudência citada por Washington de Barros Monteiro, in *Shopping Centers*, Shopping Centers-Aspectos Jurídicos, RT, São Paulo, 1984, p.162.
- 18 Beviláqua Clóvis. Direito das Obrigações, Livraria Magalhães, Salvador, 1986, p.360.
- 19 Andrade, Luis Antônio. Considerações sobre o aluguel em *Shopping Centers*, in Shopping Centers - Aspectos Jurídicos, ob. cit., p. 174.
- 20 Gomes, Orlando. Contrato. 7^a ed., n^o 212, p. 334.
- 21 Santos, Cláudio. A Locação de espaço em *Shopping Centers*, in RT 680, p.19.
- 22 Buzaid, Alfredo. Da Ação Renovatória, 2^a edição, Saraiva, São Paulo, 1981, v.1, p.174.
- 23 Oliveira, Fernando Albino. Fundo de Comércio em *Shopping Centers*, in Shopping Centers - Questões Jurídicas, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 75.

oz, Georges - Le Contrat D'Adhésion, LGDJ, Paris,

tos e Cláusulas Abusivas, Saraiva, São Paulo, 1991.

Marques, Cláudia Lima - Contratos no Código de Defesa do Consumidor, Editora RT, São Paulo, 1992.
 Martins Costa, Judith - Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro, in Direito do Consumidor, 3, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
 Miranda, Custódio Piedade Ubaldino - Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos, RT, São Paulo, 1989.
 Mota Pinto, Carlos Alberto - Contrato de Adesão, in Revista Forense, vol. 73, p.33-43, jan./mar., 1977.
 Nery, Nelson Júnior - Da Proteção Contratual, in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Comentado pelos autores do anteprojeto), Fundação Universitária, 1991.
 Oliveira, Fernando Albino. Fundo de Comércio em Shopping Centers, in Shopping Centers - Questões Jurídicas, Saraiva, São Paulo, 1991.
 Rieg, Alfred - Le Rôle de la volonté dans la Formation de l'Acte Juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e

siècle, in Archives de Philosophie du Droit, 26/126, Paris, 1987.
 Roppo, Enzo - O Contrato, Trad. Ana Coimbra e Januário Gomes. Almedina, Coimbra, 1988.
 Salleilles, Raymond - De la Déclaration de Volonté, F. Pichon, Successeur Editeur, Paris, 1901.
 Santos, Cláudio. A Locação de Espaço em Shopping Centers, in RT 680, p.19.
 Schwab, Dieter - Liberdade Contratual e Formação dos Contratos *ex vi legis*, in Rev. Ajuris, 39/16.
 Stiglitz, Gabriel - Protección Jurídica del Consumidor, Depalma, Buenos Aires, 1990.
 Stolfi, Giuseppe - Teoria del Negocio Jurídico, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1959.
 Villey, Michel - Essor et Décadence du Voluntarisme Juridique, in Archives de Philosophie du Droit, n° 4, 1957.
 Wieacker, Franz - El Principio General de la buena Fe, Trad. Jose Luis Carro, Civitas, Madrid, 1982.

Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos

Teori Albino Zavascki

Juiz do TRF - 4ª Região. Professor de Processo Civil da UFRGS.

SUMÁRIO

I - Introdução; II - Direitos difusos e coletivos e direitos individuais homogêneos: distinções; III - Instrumentos de defesa de direitos coletivos. Ação Civil Pública - características gerais. Ação Popular - características gerais; IV - Instrumentos de defesa coletiva de direitos individuais (homogêneos). Substituição processual e representação. Instrumento tradicional - o litisconsórcio ativo por representação. Novos instrumentos, por substituição processual; IV. 1. - Mandado de Segurança Coletivo. Finalidade - correntes de opinião. Finalidade - defesa de direitos subjetivos individuais. Procedimento. Objeto de impetração e interesse jurídico. Impetração por Partidos Políticos. Partidos Políticos - limitações quanto ao objeto. Rol dos legitimados - possibilidade de ampliação. Autonomia do impetrante. Sentença - Litispendência e Continência. Coisa julgada; IV.2. - Ação Civil Coletiva. Competência. Objeto. Natureza da pretensão. Ação de cumprimento. Ação Coletiva e Ação individual - autonomia. Limitações - natureza da tutela e providência cautelares. litispendência. Coisa julgada; V - Defesa coletiva de direitos individuais pelo ministério público. Hipóteses autorizadas em Lei Constitucionalidade da legitimação. Hipótese não expressamente autorizada em Lei. Limites da atuação - interesses sociais. VI - Conclusões.

Abstract

The concept of collective interests (those that pertain to a class of individuals, but to no one in particular) cannot be extended to individual rights apt to be claimed in aggregated form. Each of these categories are singled out not only by their essential nature, but also by their procedural treatment.

I - Introdução

1. Os últimos anos marcaram no Brasil um período de importantes inovações legislativas a respeito dos chamados "direitos e interesses difusos e coletivos" e dos mecanismos de tutela coletiva de direitos, destacando-se: a Lei n° 7.347, de 24.07.85 (disciplinando a chamada "ação civil pública"), a Constituição de 1988 (alargando o âmbito da ação popular, criando o mandado de segurança coletivo e a legitimação do Ministério Público para promover ação civil pública e privilegiando a defesa do consumidor) e, finalmente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078, de 11.09.90, que, entre outras novida-

des, introduziu mecanismo de defesa coletiva para "direitos individuais homogêneos"). A entusiástica utilização, que se seguiu, dos novos mecanismos processuais, nem sempre se deu de modo apropriado, às vezes por inexperiência de seus operadores - o que é compreensível - outras vezes por se imaginar, equivocadamente, que enfim se tinha em mãos o remédio para todos os males: para destravar a máquina judiciária e para salvar a sociedade de todas as agressões do Governo e dos poderosos em geral. É muito salutar, por isso, o processo de revisão crítica que se vem sentindo nos últimos tempos¹ no sentido de coibir exageros e assim não só preservar do descrédito, mas valorizar e aperfeiçoar esses importantes avanços no campo processual. É com esse mesmo propósito que se buscará aqui reflexão sobre tema que a experiência diária evidencia ser foco de boa parcela dos equívocos: a distinção entre os mecanismos processuais para defesa de direitos coletivos e os mecanismos para defesa coletiva de direitos.

2. Com efeito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor introduziu mecanismo

especial para defesa coletiva dos chamados “direitos individuais homogêneos”, categoria de direitos não raro confundida com os direitos coletivos e difusos e por isso mesmo lançada com eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais de defesa em juízo. Porém, é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo “stricto sensu”. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. “Coletivo”, na expressão “direito coletivo” é qualificativo de “direito” e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em “defesa coletiva” o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa. Identificar os instrumentos próprios para defesa de cada uma dessas categorias de direitos e estabe-

lecer os limites que o legislador impôs à sua utilização, eis portanto o objeto primordial deste estudo.

I - Direitos difusos e coletivos e direitos individuais homogêneos: distinções

3. O legislador brasileiro criou mecanismos próprios para defesa dos chamados “direitos individuais homogêneos”, distintos e essencialmente inconfundíveis, como se verá, dos que se prestam à defesa dos direitos difusos e coletivos. É que se tratam de categorias de direitos ontologicamente diferenciadas, como se pode constatar da definição que lhes deu o artigo 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 1990, definição essa que constitui substanciação de conceitos doutrinários geralmente aceitos e por essa razão aplicáveis universalmente no direito brasileiro. Indispensável, por conseguinte, que antes de mais nada se ponha a lume essa distinção. Em termos bem pragmáticos, e seguindo a definição dada pelo legislador, pode-se esboçar o seguinte quadro comparativo:

DIREITOS	DIFUSOS	COLETIVOS	INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS
1) Sob o aspecto subjetivo são:	<i>Transindividuais</i> , com determinação <i>absoluta</i> dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato. No exemplo: morar na mesma região.)	<i>Transindividuais</i> , com determinação <i>relativa</i> dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica-base. No exemplo: O Estatuto da OAB.	<i>Individuais</i> : (= há perfeita identificação do sujeito, assim da relação dele com o objeto do seu direito). A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direitos com “origem comum”.
2) Sob o aspecto objetivo são:	<i>Indivisíveis</i> (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	<i>Indivisíveis</i> (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	<i>Divisíveis</i> (= podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns titulares sem afetar os demais).
3) Exemplo	Direito ao meio ambiente sadio (CF, art. 225).	Direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (CF, 107, I).	Direito dos adquirentes a abatimento proporcional do preço pago na aquisição de mercadoria viciada (Cód. Consumidor, art. 18, § 1º, III).

n decorrência de sua reza	a) - são insuscetíveis de apropriação individual	a) - são insuscetíveis de apropriação individual	a) - individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular.
	b) - são insuscetíveis de transmissão, seja por ato “inter vivos”, seja “mortis causa”	b) - são insuscetíveis de transmissão, seja por ato “inter vivos”, seja “mortis causa”	b) - são transmissíveis por ato “inter vivos” (cessão) ou “mortis causa”, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais)
	c) - são insuscetíveis de renúncia ou de transação	c) - são insuscetíveis de renúncia ou de transação	c) - são suscetíveis de renúncia e transação, salvo exceções (v.g. direitos personalíssimos).
	d) - sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I)	d) - sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC 333, parágrafo único, I)	d) - são defendidos em juízo, geralmente, por seu próprio titular. A defesa por terceiro o será em forma de representação (com aquiescência do titular). O regime de substituição processual dependerá de expressa autorização em Lei (CPC, art. 6º)
	e) - a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito se dá com <i>absoluta</i> informalidade jurídica (basta alteração nas circunstâncias de fato).	e) - a mutação dos titulares coletivos da relação jurídica de direitos material se dá com <i>relativa</i> informalidade (basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base).	e) - a mutação do pólo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico (contrato, sucessão “mortis causa”, usucapião, etc).

4. Embora, como se viu, apresentem entre si algumas diferenças - que na prática nem sempre são visíveis com clareza - os direitos difusos e direitos coletivos, ambos transindividuais, indivisíveis, são espécies do gênero direitos coletivos, denominação também adotada para notificá-los em conjunto. No entanto, direitos individuais, conquanto homogêneos, são direitos individuais e não transindividuais. Peca a substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível a existência de direitos individuais transindividuais!

III - Instrumentos de defesa de direitos coletivos

Ação Civil Pública - características gerais:

5. Dentre os instrumentos processuais típicos de defesa de direitos transindividuais e indivisíveis merece destaque a conhecida “ação civil pública”. Criada pela Lei nº 7.347, de 1985, e composta de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, cominatórias, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos.

vos, foi seguida pela Lei nº 7.853, de 24.10.89, que nos artigos 3º a 7º disciplina especificamente a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência, pela Lei nº 8.069, de 13.07.90, que em seus artigos 208 a 224 disciplina especificamente a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos das crianças e adolescentes, e pela Lei nº 8.078, de 11.09.90, cujos artigos 81 a 104 (salvo a parte especificamente relacionada com direitos individuais homogêneos, arts. 91 a 100) disciplinam a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos dos consumidores. Mesmo com essa complementação, manteve-se, na essência, a linha procedimental adotada pela Lei nº 7.347, de 1985 - cuja invocação subsidiária é feita pelas demais Leis citadas - e sob esse aspecto cabe-lhe a denominação comum de ação civil pública, aqui adotada para diferenciá-la da ação civil coletiva, adiante referida. Trata-se de mecanismo moldado à natureza dos direitos e interesses a que se destina tutelar - difusos e coletivos. É o que se pode verificar ao simples exame de suas características gerais, semelhantes nas várias Leis mencionadas. Assim, legitimam-se ativamente o Ministério Público, pessoas jurídicas de direito público interno e entidades e associações que tenham entre suas finalidades institucionais a proteção do direito ou interesse a ser demandado em juízo. A ação poderá objetivar qualquer espécie de tutela, inclusive a condenatória de obrigação de pagar, de fazer e de não fazer. Havendo condenação em dinheiro, este reverterá a um Fundo gerido por um Conselho, com a participação do Ministério Público, e será utilizado para recompor as lesões causadas. Em se tratando de obrigações de fazer ou não fazer, a condenação poderá ser pela prestação específica ou por outra providência que assegure resultado equivalente ao adimplemento, ou ainda, na impossibilidade dessas soluções, por conversão em perdas e danos. A sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo em caso de improcedência por insuficiência de provas, em se tratando de direitos ou interesses difusos, e fará coisa julgada

ultra partes, mas limitada ao grupo, categoria ou classe titular do direito ou interesse, quando coletivo, salvo, aqui também, em caso de improcedência por insuficiência de provas. A legitimação dos substitutos processuais prolonga-se inclusive para a ação de execução em favor do Fundo, já que, é bom salientar, são indeterminados os credores da obrigação.

Ação Popular - características gerais:

6. Outro instrumento de defesa de interesses difusos e coletivos é a ação popular de que trata a Lei nº 4.717, de 1965. Com a configuração que lhe deu a Constituição Federal de 1988, esta ação visa a "anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural" (art. 5º, LXXIII). Legitima-se como demandante o cidadão, ou seja, pessoa física que esteja no gozo dos seus direitos políticos. Admite-se não apenas pretensão anulatória do ato lesivo, mas igualmente a de tutela preventiva, tendente a impedir sua prática e ainda, se for o caso, a de tutela cautelar para suspender-lhe a execução. A coisa julgada tem eficácia *erga omnes*, salvo em caso de improcedência por insuficiência de provas. O autor da ação popular legitima-se como tal porque, ainda quando esteja imediatamente demandando proteção a direito titularizado em nome de determinada pessoa jurídica, está, na verdade, defendendo imediatamente interesses da sociedade, a quem pertencem, em última análise, os bens tutelados. É por isso que se afirma que também a ação popular, sob este aspecto, constitui instrumento de defesa de interesses coletivos, e não individuais.

7. Reitera-se, portanto: não se pode confundir defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos individuais. Os instrumentos até aqui referidos, pela destinação expressa que lhes deu o legislador e pelas próprias características com que foram concebidos, são talhados para defesa de direitos coletivos, e não

defender coletivamente direitos subjetivos individuais, que têm, para isso, seus próprios mecanismos processuais, como se passava.

V - Instrumentos de defesa coletiva de direitos individuais (homogêneos)

Substituição processual e representação:

8. Direitos individuais homogêneos são, já se disse, simplesmente direitos subjetivos individuais, divisíveis e integrados ao patrimônio de titulares certos, que sobre eles reagem, com exclusividade, o poder de disposição.

Nessas circunstâncias, e ao contrário do que ocorre com os direitos coletivos e difusos (que não terem titular determinado são defesos, necessariamente, por substitutos processuais), os direitos individuais, em regra, só podem ser demandados em juízo pelos seus próprios titulares. O regime de substituição processual aqui é exceção e, como toda exceção, recebe interpretação restrita, podendo ser invocado somente nas hipóteses e nos limites que a lei autorizar (CPC, art. 6º). O caráter excepcional da substituição processual resulta evidentemente no art. 5º, inc. XXI, da Constituição que, ao atribuir às entidades associativas em geral legitimidade para atuar em juízo em defesa de seus filiados, condicionou tal atuação à autorização específica do associado, submetendo-a, assim, a regime de representação. Desse dispositivo resulta afirmada a regra segundo a qual a defesa judicial de direitos individuais depende sempre de autorização, ou do titular do direito, ou da expressa disposição da Lei. Mais do que um preceito, é um princípio: em se tratando de direitos individuais, ainda que homogêneos ou relacionados com interesses associativos, o regime de representação é a regra, e o da substituição processual é a exceção e como tal deve ser interpretado.

Instrumento tradicional - o litisconsórcio ativo por representação:

9. Por serem homogêneos, isto é, por terem origem comum e assim se assemelharem a outros direitos individuais, prestam-se certos direitos subjetivos à demanda conjunta. Há um modo tradicional de defesa coletiva de direitos individuais: é o litisconsórcio ativo facultativo. Realmente, direitos com origem comum são sem dúvida direitos afins por ponto comum de fato ou de direito, tal como prevê o art. 46, IV, do CPC. A defesa coletiva em litisconsórcio será viável, portanto, mediante legitimação ordinária e sem outra restrição que não a da eventual recusa, como pode ocorrer, por exemplo, quando, pelo grande número de demandantes, haja dificuldade de exercício da defesa.

Novos instrumentos, por substituição processual:

10. Há, contudo, outros mecanismos de defesa coletiva de direitos subjetivos individuais, que o legislador brasileiro houve por bem introduzir em nosso sistema com o objetivo de tornar mais simples, mais rápida, mais efetiva e mais acessível a prestação jurisdicional, o que há não pode ser alcançado adequadamente apenas pelas vias tradicionais. Dois são eles, essencialmente: o mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX, da Constituição, e a Ação Civil Coletiva, prevista nos artigos 91 a 100 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990). A técnica utilizada pelo legislador e que constitui a marca registrada comum aos dois instrumentos diz com a legitimação ativa, que é em regime de substituição processual autônoma: o autor da demanda, substituto, defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, o que faz autonomamente, isto é, independentemente do consentimento ou mesmo da ciência do substituído.

IV. 1 - Mandado de segurança coletivo

Finalidade - correntes de opinião:

11. Do mandado de segurança coletivo há quem pense tratar-se de instrumento para salvaguardar unicamente direitos coletivos² e assim chegou a decidir o Superior Tribunal de Justiça³. Há, por outro lado, quem sustente poder ele ser utilizado tanto em defesa de direitos coletivos, quanto de direitos individuais⁴. E, finalmente, em terceira orientação, estão os que pensam tratar-se, simplesmente, de instrumento para defesa coletiva de direitos subjetivos individuais⁵. Esse entendimento mereceu o aval importantíssimo do Supremo Tribunal Federal⁶.

Finalidade - defesa de direitos subjetivos individuais:

12. Em verdade, para proteção de direitos coletivos ou mesmo difusos, desde que líquidos e certos, contra ato ou omissão de autoridade, não se fazia necessário modificar o perfil constitucional tradicional do mandado de segurança. Muito antes da Constituição de 1988, que criou o mandado de segurança coletivo, a jurisprudência já admitia, por exemplo, que Sindicatos ou a Ordem dos Advogados do Brasil, impetrassem mandado de segurança - *individual* - para defender *interesses gerais de classe*, vale dizer, típicos direitos coletivos, pois que transindividuais, indivisíveis, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas⁷. Tudo é apenas uma questão de legitimação: configurada lesão a direito difuso ou coletivo líquido e certo - e esta configuração certamente não é corriqueira - não haverá empecilho algum ao acesso dos legitimados à via mandamental tradicional. Aliás, essa via de tutela de direitos coletivos está implicitamente admitida pelo Código do Consumidor (art. 83) e de modo explícito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 212, § 2º). Assim, a única novidade introduzida pelo constituinte de 1988 foi a de autorizar que o mandado de segurança possa ser utilizado por certas entidades para, na condição de substitu-

tas processuais, buscarem tutela de um *conjunto* de direitos subjetivos de terceiros. O que há de novo, destarte, é apenas uma forma de defesa coletiva de direitos individuais, e não uma forma de defesa de direitos coletivos. Se o propósito, no mandado de segurança coletivo, tivesse sido o de viabilizar a tutela de direitos coletivos, não se poderia compreender que entre os legitimados a utilizá-lo não estivesse o Ministério Público, a quem a Constituição atribuiu, como função institucional, a defesa dessa categoria de direitos (CF, art. 129, III). Sua exclusão, na verdade, evidencia mais uma vez que o mandado de segurança coletivo é instrumento de defesa de direitos individuais, defesa que, em princípio, é incompatível com as atribuições constitucionais do Ministério Público (CF, art. 127).

Procedimento:

13. A legitimação ativa dos Partidos Políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, para impetrar mandado de segurança coletivo é extraordinária, já que, na condição de substitutos processuais, demandam em nome próprio direito alheio. Quanto ao regime procedimental, inclusive no que diz com o prazo para impetração, a liminar e os recursos, o mandado de segurança coletivo se submete às disposições normativas gerais do mandado de segurança. A competência do juízo há de ser fixada em consideração à autoridade coatora, que, por sua vez, só poderá ser a que ostentar, entre suas atribuições, em plexo de poderes e competências que a habilitem, em caso de procedência, a atender a pretensão deduzida e em relação a todos os substituídos. Quanto a estes aspectos, como se vê, o mandado de segurança coletivo não é diferente do mandado de segurança plúrimo, isto é, o impetrado em litisconsórcio ativo, por representante credenciado pelos titulares do direito individual (que, aliás, não deixa de ser uma forma de defesa coletiva de direitos).

Objeto da impetração e interesse jurídico:

14. No que se refere ao objeto, a impetração etiva busca tutelar direitos subjetivos individuais, os quais, para êxito da demanda, devem ser líquidos e certos e estar ameaçados ou afetados por ato ou omissão ilegítima de autoridade. Não, porém, qualquer direito, mas tão somente aquele que guardar relação de pertinência e compatibilidade com a razão de ser (finalidades, programas, objetivo institucional) da pessoa jurídica impetrante. Por quê? Porque para ajuizar qualquer demanda não basta que o autor detenha legitimidade. É indispensável que tenha também interesse, no artigo 3º do CPC. Isso se aplica igualmente ao substituto processual, que há de ostentar interesse próprio, distinto e cumulado com o do substituído. Ora, esse interesse próprio, no caso de mandado de segurança coletivo, manifesta-se exatamente pela relação de pertinência e compatibilidade entre a razão de ser do substituto e o conteúdo do direito subjetivo do substituído, objeto da demanda⁸. Não seria concebível que o Partido Político ou qualquer dos demais legitimados fossem ajuizar para ter-se em defesa de direitos que nem diretamente lhes dissessem respeito algum. Sem elo de referência entre o direito afirmado e a razão de ser de quem o afirma, falta à ação uma das suas condições essenciais, isto é, o sistema jurídico não comporta hipótese de demandas de mero diletantismo, e isso se aplica também ao substituto processual.

Impetração por Partidos Políticos:

15. Dispõe a letra "b" do inciso LXX do art. 5º da Constituição que o mandado de segurança impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação será proposto em defesa de interesses de seus membros ou associados. Entretanto, a letra "a" do mesmo inciso, que prevê a legitimação dos Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, não contém aquela limitação. Há quem sustente que, mesmo assim, a restrição é

aplicável aos Partidos Políticos, que somente poderiam demandar tutela para direitos individuais dos seus filiados. Essa é a orientação que predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁹. Dois argumentos, pelo menos, militam fortemente em outro sentido. Primeiro, a inexistência da limitação no texto constitucional, o que é especialmente significativo ante a menção expressa a ela no inciso seguinte do mesmo dispositivo, a evidenciar que a omissão anterior não foi desatenta e, portanto, deve merecer interpretação que lhe dê eficácia. Segundo, pela singular natureza do Partido Político, substancialmente diversa das demais entidades legitimadas. Com efeito, as associações - sindicais, classistas e outras - têm como razão existencial o atendimento de interesses ou de necessidades de seus associados. Seu foco de atenção está, portanto, voltado diretamente para seus associados, que, por sua vez, a ela confluíram justamente para receber a atenção e o atendimento de necessidade ou de interesse próprio e particular. É natural, portanto, e apropriado à natureza dessas entidades, que, ao legitimá-las para impetrar segurança, o constituinte tenha estabelecido como objeto da demanda a defesa dos interesses dos próprios associados, limitação inteiramente compatível com o móvel associativo. O que ocorre nos Partidos Políticos, entretanto, é um fenômeno associativo completamente diferente. Os Partidos Políticos não têm como razão de ser a satisfação de interesses ou necessidades particulares de seus filiados, nem são eles o objeto das atividades partidárias. Ao contrário das demais associações, cujo objeto está voltado *para dentro de si mesmas*, já que ligado diretamente aos interesses dos associados, os Partidos Políticos visam a *objetivos externos*, só remotamente relacionados a interesses específicos de seus filiados. Segundo estabelece sua Lei Orgânica (Lei nº 5.682, de 1971, art. 2º) "os partidos políticos ... destinam-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais, definidos na Consti-

tução". Por conseguinte, os filiados ao Partido são, na verdade, *instrumentos* das atividades e das bandeiras partidárias, e não o *objeto* delas. O objeto das atenções partidárias são os membros da coletividade em que atuam, independentemente da condição de filiados. É bem compreensível, pois, e bem adequada à natureza dos Partidos, a sua legitimação para impetrar segurança coletiva, mesmo em defesa de direitos de não-filiados.

Partidos Políticos - limitações quanto ao objeto:

16. No que respeita à legitimação dos Partidos Políticos, em suma, o objeto da pretensão do mandado de segurança coletivo tem limites apenas quanto ao seu conteúdo, que há de ser necessariamente apropriado e compatível com a natureza do Impetrante, o que, como antes se disse, é imposição relacionada com o interesse de agir. Mas, quanto à extensão subjetiva dos substituídos, esta não pode ficar limitada aos interesses particulares de seus filiados, pois que tal limitação implicaria não apenas o desvirtuamento da natureza da agremiação - que não foi criada para satisfazer interesses dos filiados - como também a eliminação, na prática, da faculdade de impetrar segurança coletiva.

Rol dos legitimados - possibilidade de ampliação:

17. O rol dos legitimados a impetrar segurança coletiva, elencado na Constituição entre os direitos e garantias fundamentais, constitui, como tal, um núcleo mínimo de legitimação que, se não pode ser reduzido nem limitado pelo legislador ordinário, nada impede que seja por esse ampliado. Tratando-se, como se trata, de matéria relacionada com legitimação processual, nenhum empecilho existia antes de 1988, como não existe agora, à criação, por norma infra-constitucional, de hipóteses novas de legitimados a impetrar mandado de segurança em nome próprio em defesa de direito de outrem.

Autonomia do impetrante:

18. Exatamente em razão do interesse jurídico antes referido (= relação de pertinência e de compatibilidade entre o direito material afirmado em juízo, titularizado na pessoa dos associados ou filiados, e os fins institucionais do impetrante), o ajuizamento da ação dispensará qualquer espécie de autorização individual ou de assembléia. Na petição inicial não se fará necessário nem mesmo identificar particularmente cada um dos titulares do direito material. Ao impetrante, substituto processual, incumbirá, no entanto, fixar exatamente o âmbito de sua representatividade e os seus objetivos existenciais, elementos esses indispensáveis para demonstrar o interesse processual, para estabelecer os limites da legitimação e para identificar (a) os substituídos atingidos pela sentença, (b) a autoridade impetrada e (c) o juízo competente. Enfatizo um ponto: o critério geográfico do domicílio dos substituídos é elemento neutro para os efeitos apontados. Os substituídos atingidos pela eficácia da sentença serão os abrangidos no âmbito da representatividade do impetrante, independentemente do seu domicílio. A situação fática do domicílio, que por si só não inibe nem limita a formação de litisconsórcio ativo em mandado de segurança, é, por idêntica razão, irrelevante para a impetração coletiva, que daquele se diferencia, a rigor, apenas pela legitimação em regime de substituição processual. O que importa, frise-se, é delimitar o âmbito da representatividade do impetrante, este sim elemento importante para as demais definições (da autoridade coatora, do juízo competente, etc.).

Sentença:

19. A sentença no mandado de segurança coletivo será substancialmente idêntica à de qualquer mandado de segurança, tirante, é certo, o grau de generalidade próprio de uma demanda coletiva em que a inicial não identificou particularmente nem o nome nem a situação de cada um dos titulares do direito afirmado. Tal especificação, se necessária, será proce-

ida quando do cumprimento do julgado, oportunidade em que serão decididas eventuais controvérsias relacionadas com a condição especial dos substituídos.

Litispendência e continência:

20. Entre o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança proposto individualmente com o mesmo objeto e a mesma ausa haverá uma relação de continência e conteúdo, a determinar: a) a extinção por litispendência do processo de mandado de segurança individual superveniente ao coletivo; ou, b) a reunião de ambos, por continência, perante o juízo do mandado de segurança coletivo, quando este for ajuizado em segundo lugar. Justifica-se a competência do juízo coletivo em tal hipótese - em contrário à regra dos artigos 106 e 219 do CPC - especialmente em face à pluralidade de demandas individuais perante juízes diversos.

Coisa julgada:

21. Mesmo ajuizado por substituto processual, o mandado de segurança coletivo terá sentença com eficácia de coisa julgada material para todos os substituídos, desde que, evidentemente, nela haja pronunciamento específico sobre o direito afirmado pelo impetrante. Assim, a lenegação da ordem por insuficiência de provas implicará negação de direito líquido e certo, mas não a negação do direito propriamente dito. Em hipóteses tais, coisa julgada material não haverá, incidindo, em consequência, a regra do art. 15 da Lei nº 1.533, de 1951.

IV. 2 - Ação civil coletiva

22. Outra hipótese de defesa coletiva de direitos subjetivos individuais é a prevista nos artigos 91 a 100 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90). O Título III desse Código, que trata "da defesa do consumidor em juízo", estabelece distinções importantes entre a configuração processual da defesa dos direitos coletivos e difusos dos con-

sumidores e da defesa dos seus direitos individuais. Para esse último caso, há regras específicas, em capítulo próprio. Os entes legitimados, elencados no art. 82, embora comuns, têm, quando em defesa de direitos individuais, limitações maiores que quando demandam por direitos coletivos e difusos. Em suma, os regimes são diferentes, e suas diferenças merecem a devida consideração do intérprete.

Competência:

23. A primeira distinção a assinalar diz respeito à competência. Em se tratando de direitos difusos e coletivos, a demanda deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano, "cujo juízo terá *competência funcional* para processar e julgar a causa". É o que dispõe o art. 2º, da Lei nº 7.347, de 1985. Já se firmou entendimento jurisprudencial de que essa competência *funcional* do juízo local comporta inclusive as causas de que participam entes federais, hipótese em que, não havendo vara federal instalada na comarca, competente será o juízo estadual, considerando-se recepcionado pelo art. 109, § 3º, parte final, da Constituição o dispositivo acima referido¹⁰. Esse regime, aplicável em todos os casos de direitos difusos e coletivos, exceto os previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (que tem regra própria no art. 209), não se aplica às demandas coletivas de responsabilidade por danos individuais, sujeitas a regime competencial próprio, o do artigo 93 da Lei nº 8.078, de 1990, a saber: competente será o juízo do local do dano (ou da Capital do Estado, se os danos forem de âmbito nacional ou regional), "ressalvada a competência da justiça federal". Ou seja, nestas hipóteses, o juízo estadual não está autorizado a exercer em primeiro grau a jurisdição federal, como ocorre na ação civil pública destinada à tutela de direitos coletivos.

Objeto:

24. A segunda observação importante diz com o objeto da demanda. Em se tratando de direitos coletivos, o legislador estabeleceu

legitimação extraordinária amplíssima, de tal modo que as entidades legitimadas estão autorizadas a buscar tutela a direitos coletivos relacionados ao consumidor (Lei nº 8.078, de 1990, art. 81, parágrafo único, I e II) e também ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor histórico, artístico, estético, paisagístico e turístico e, enfim, a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo* (Lei nº 7.347, de 1985, art. 1º). Em se tratando de direitos individuais homogêneos, contudo, a legitimação extraordinária é restrita à ação coletiva de responsabilidade por danos individualmente sofridos por consumidores (Lei nº 8.078, de 1990, art. 81, parágrafo único, III, e art. 91). Assim, ressalvada a legitimação do Ministério Público, de que mais adiante se tratará, nenhum dos entes mencionados no art. 82 da Lei nº 8.078, de 1990, está habilitado a defender coletivamente direitos individuais, ainda que homogêneos, a não ser na restrita hipótese de danos decorrentes de relações de consumo. Convém repetir que a legitimação para defender em nome próprio direito individual de outrem, em regime de substituição processual, é extraordinária e excepcional, que só a Lei pode conferir (CPC, art. 6º) e como tal não está sujeita a interpretações ampliativas.

Natureza da pretensão:

25. No que se refere à natureza da pretensão, diz a Lei que a ação coletiva é de *responsabilidade por danos individualmente sofridos* (art. 91), sendo que “em caso de procedência do pedido, a *condenação será genérica*, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. A pretensão, conseqüentemente, há de ter natureza condenatória¹¹. Refogem ao âmbito da legitimação extraordinária em causa pretensões de outra natureza, notadamente a constitutiva, cuja sentença, com eficácia imediata e concreta, independentemente de posterior ação de execução, não é compatível com provimentos de natureza genérica. Ademais, conforme adiante se verá, a sentença constitutiva não comportaria a opção, que o sistema criou em favor

do titular do direito material, de se submeter ou não à ação coletiva e de executar ou não, em seu favor, a sentença genérica que nela vier a ser proferida. Por outro lado, coerente com essa mesma orientação, e bem significativamente, o legislador estabeleceu que a pretensão declarativa de nulidade a cargo do Ministério Público (excluídos outros legitimados) fica submetida à iniciativa do consumidor ou de seu representante, com o que se descaracteriza o regime de substituição processual autônoma. É o que se depreende do art. 51, § 4º, da Lei em foco, dispositivo, aliás, de duvidosa constitucionalidade, já que atribui ao Ministério Público a defesa particular, em regime de representação, de direitos individuais disponíveis, ao arrepio do art. 127 da Constituição Federal.

Ação de Cumprimento:

26. Obtida a sentença genérica de procedência, cessa a legitimação extraordinária. A ação específica para seu cumprimento, em que os danos serão liquidados e identificados os respectivos titulares, dependerá da iniciativa do próprio titular do direito lesado, que será, por conseguinte, representado e não substituído no processo. Aliás, mesmo quando ajuizada coletivamente, como prevê o art. 98 da Lei, a ação de cumprimento se desenvolverá em litisconsórcio ativo, em que os titulares do direito serão nomeados individualmente e identificadas particularmente as lesões sofridas. Assim, ainda nestes casos, a ação de cumprimento será proposta em regime de representação, e não de substituição processual¹². Por outro lado, a falta de iniciativa do interessado, no prazo de um ano, importará decadência do direito de cumprir o julgado em seu favor, hipótese em que os resíduos condenatórios - apurados e liquidados em ação proposta por qualquer dos entes relacionados no art. 82, em regime, agora novamente, de substituição processual - reverterão em favor do Fundo criado pela Lei nº 7.347, de 1985. É o que estabelece o art. 100, da Lei nº 8.078, de 1990. Importa

alientar que, ao contrário do que se poderia oncluir de uma interpretação puramente literal daquele dispositivo, a reversão em favor do Fundo certamente não poderá compreender os valores já pagos aos que se habilitaram tempestivamente, nem os devidos aos interessados que, no prazo legal, tenham promovido a ação de cumprimento, ainda em curso.

Ação Coletiva e Ação Individual - autonomia:

27. O caráter genérico da sentença de procedência e a inviabilidade de sua liquidação e execução por substituto processual autônomo, são dois indicativos importantes da opção feita pelo legislador brasileiro em tema de defesa coletiva de direitos individuais, qual seja: o titular do direito material não pode ser obrigatoriamente vinculado ao processo ou aos efeitos da sentença. Em outras palavras, diferentemente do que se passa no mandado de segurança coletivo, aqui, na ação civil coletiva em exame, o legislador brasileiro privilegiou claramente o direito à liberdade da ação, que tem como contrapartida necessária a faculdade de não acionar, e até de renunciar, se esta for a vontade do titular do direito. Esta opção se manifesta, também, no art. 94 da Lei (ao estabelecer como faculdade do interessado o seu ingresso como litisconsorte), no art. 103, III (ao estabelecer que a coisa julgada material *erga omnes* somente se dará em caso de procedência da ação coletiva), e sobretudo no art. 104, segunda parte. Ali se diz que “...os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos da ação coletiva”. Desse dispositivo colhe-se (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva superveniente, (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor e (c) que não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre

efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente.

Limitações - natureza da tutela e providências cautelares:

28. A opção clara do legislador, de privilegiar a liberdade do interessado de se vincular ou não aos efeitos da sentença, reforça a conclusão antes enunciada, a saber: a pretensão possível de ser deduzida por substituto processual na ação civil coletiva é apenas a que conduz a uma sentença condenatória genérica, provimento jurisdicional semelhante às decisões normativas do Direito do Trabalho, e que, pelo seu conteúdo, situa-se em posição intermediária entre a absoluta abstração da norma legal e a concretude das sentenças proferidas em demandas individuais. Não é compatível com o sistema, destarte, pretender-se, em regime de substituição processual, sentença coletiva de natureza constitutiva, cuja eficácia atingiria imediata e necessariamente a esfera jurídica dos substituídos, sonogando-lhes a liberdade de optar pela não-vinculação. Essa limitação se estende também às providências cautelares: o substituto processual poderá pleiteá-las, mas desde que se trate de medidas (a) relacionadas com a ação de conhecimento, pois a legitimação extraordinária não existe para a liquidação e execução, já que se esgota com a sentença, e (b) que não importem vinculação necessária do patrimônio jurídico do substituído aos efeitos do provimento jurisdicional.

Litispendência:

29. Sustentamos, ao tratar do mandado de segurança coletivo, que entre ele e o mandado de segurança individual opera-se a tríplice identidade, resultando daí, eventualmente, litispendência e coisa julgada. Em se tratando, porém, de ação civil coletiva, a simetria com a ação individual não existe. Com efeito, na ação civil coletiva, a sentença será genérica, e, em caso de procedência, será seguida de outra, a ser proferida na ação de cumprimento, oportunidade em que se individualizará e

quantificará a sanção condenatória. Já a ação individual traz *embutida em si* a ação de cumprimento, pelo menos em boa parte. Assim, entre ação coletiva e ação individual pode haver identidade quanto às partes (e sob este aspecto, a coletiva é continente da individual) e quanto à causa de pedir. O pedido, porém, é diverso: na coletiva, há simples pedido de condenação genérica, quase que um pedido declaratório; na individual, há pedidos de declaração e de condenação de conteúdo mais específico (aqui há cumulação de ação de cumprimento, lá inexistente). Quanto ao pedido, bem se vê, a ação individual é mais abrangente. Entre as duas, portanto, não há litispendência e tal resulta claro do art. 104 da Lei nº 8.078, de 1990. Há, isto sim, conexão (CPC, art. 103), a determinar o processamento conjunto, perante o juízo da ação coletiva, de todas as ações individuais, anteriores ou supervenientes.

Coisa julgada:

30. A sentença proferida na ação coletiva terá eficácia de coisa julgada "*erga omnes*", apenas em caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores", segundo dispõe o art. 103, III, da Lei. Os limites objetivos da coisa julgada, mesmo neste caso, são os próprios de uma condenação genérica: faz coisa julgada a certificação de que a obrigação do réu existe, mas não há coisa julgada - até por não ter sido objeto da demanda - em relação à individualização dos credores e do quanto é devido a cada um, questões que serão dirimidas por outra sentença, na ação de cumprimento. Há, entretanto, duas exceções à regra constante do dispositivo transcrito: a) haverá coisa julgada, mesmo em caso de improcedência, em relação aos que, atendendo ao edital referido no art. 94, intervierem como litisconsortes, como se depreende do § 2º do artigo 103; e b) não haverá coisa julgada, mesmo em caso de procedência, em relação aos que preferiram manter em curso ações individuais paralelas à ação coletiva, como se depreende do art. 104.

V. Defesa coletiva de direitos individuais pelo Ministério Público

Hipóteses autorizadas em Lei:

31. O Ministério Público não está incluído no rol dos entes legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo, omissão coerente do legislador constituinte, pois não é próprio daquela instituição atender a interesses particulares. Todavia, o legislador ordinário o habilitou a defender coletivamente direitos individuais não só de consumidores (Lei nº 8.078, de 1990, arts. 91 e 92), mas também de investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913, de 1989) e de credores de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial (Lei nº 6.024, de 1974, art. 46), sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, sejam eles necessitados ou não. Será possível compatibilizar a legitimação para defender tais direitos, tipicamente individuais e disponíveis, com a natureza e a finalidade do Ministério Público, instituição destinada à defesa de interesses sociais ou individuais indisponíveis (CF, art. 127) e que está proibida pela Constituição até mesmo de atuar em juízo em nome de entidades públicas (art. 129, IX), quanto mais de pessoas privadas?

Constitucionalidade da legitimação

32. Em estudo específico sobre o tema¹³, respondemos que sim, pelas razões que sucintamente agora reproduzimos. Nas três citadas hipóteses de legitimação, o legislador ordinário estabeleceu uma linha comum e característica: a atuação do Ministério Público objetiva sentença condenatória genérica, mas a liquidação e a execução específica serão promovidas pelo próprio titular do direito individual. Ou seja: os direitos dos substituídos são defendidos sempre globalmente, impessoalmente, coletivamente. Obtido o provimento jurisdicional genérico, encerra-se a legitimação extrajudicial. Por outro lado, nos três casos, a lesão é especialmente significativa, dado que, pela natureza dos bens atingidos e pela dimensão

letiva alcançada, houve também lesão a valores de especial relevância social, assim reconhecidos pelo próprio constituinte. Com efeito, é a Constituição que estabelece que a defesa dos consumidores é princípio fundamental da atividade econômica (art. 170, V), razão pela qual deve ser promovida, inclusive pelo Estado, em forma obrigatória (art. 5º, XXXII). Não trata, obviamente, de proteção individual, mas social, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerados em sua dimensão comunitária e impessoal. O mesmo se diga em relação aos poupadores que investem seus recursos no mercado de valores mobiliários ou em instituições financeiras. Conquanto suas posições individuais e particulares possam não ter relevância social, o certo é que, quando consideradas em sua projeção coletiva, passam a ter relevância ampliada, de resultado maior do que a simples soma de posições individuais. É o interesse social a defesa desses direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que segundo a própria Constituição, instrumento fundamental para promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir os interesses da coletividade (art. 192). Com isso se conclui que a legitimação do Ministério Público, para a defesa de direitos individuais dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro, estabelecida nas Leis nº 6.024, de 1974, nº 7.913, de 1989, e nº 8.078, de 1990, é perfeitamente compatível com a sua incumbência institucional de defender os *interesses sociais*, imposta pelo art. 127 da Constituição. Em todos os casos, ressalte-se, a legitimação tem em mira apenas a obtenção de sentença condenatória genérica. A atuação do Ministério Público se dá em forma de substituição processual e é pautada pelo trato coletivo e impessoal dos direitos subjetivos lesados. E é esta dimensão, e somente nela, que a defesa de tais direitos - divisíveis e disponíveis - pode

ser promovida pelo Ministério Público sem ofensa à Constituição.

Hipóteses não expressamente autorizadas em Lei:

33. Questão mais delicada é a de saber se o Ministério Público tem legitimação para defender coletivamente outros direitos individuais além daqueles expressamente previstos pelo legislador ordinário. Enfrentando o tema no estudo antes referido, concluímos que não cabe ao Ministério Público bater-se em defesa de direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possam ser classificados como homogêneos. Aliás, esta tem sido a orientação do Superior Tribunal de Justiça¹⁴. Entretanto, em casos excepcionais, devidamente justificados e demonstrados, em que a eventual lesão a um conjunto de direitos individuais possa ser qualificada, à luz dos valores jurídicos estabelecidos, como lesão a interesses relevantes da comunidade, ter-se-ia presente hipótese de lesão a interesse social, para cuja defesa está o Ministério Público legitimado pelo art. 127 da Constituição. Também nestas hipóteses - cuja configuração estará evidentemente sujeita ao crivo do Poder Judiciário - a atuação do Ministério Público, necessariamente em forma de substituição processual autônoma, limitar-se-á à obtenção dos provimentos genéricos indispensáveis à restauração dos valores sociais comprometidos, sendo-lhe vedado deduzir pretensões que signifiquem, simplesmente, tutela de interesses particulares, ainda que homogêneos, ou de grupo.

Limites da atuação - interesses sociais:

34. Sobre o tema, portanto, é de se asseverar que o art. 127 da Constituição atribui ao Ministério Público a defesa de interesses sociais, assim entendidos aqueles cuja tutela é importante para preservar a organização e o funcionamento da sociedade e para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento. Não se podem confundir interesses sociais com interesses de entidades públicas, nem com o

conjunto de interesses de pessoas ou de grupos. Direitos individuais só devem ser considerados como de interesse social quando sua lesão tiver alcance mais amplo que o da simples soma das lesões individuais, por comprometer também valores comunitários especialmente privilegiados pelo ordenamento jurídico. A identificação destes interesses sociais compete tanto ao legislador ordinário - como ocorreu nas Leis nº 8.078, de 1990, nº 7.913, de 1989 e nº 6.024, de 1974 - como ao próprio Ministério Público, se for o caso, mediante avaliação de situações concretas não previstas expressamente em Lei. Nesta última hipótese, a identificação do interesse social - cuja existência e relevância hão de ser cumpridamente demonstradas pelo autor - estará sujeita ao indispensável contraditório e ao controle final do Juiz, de modo a que sejam coibidos abusos e desvios de legitimidade.

VI - Conclusões

35. Em suma: a) direitos coletivos e difusos são transindividuais ("não têm dono certo", como disse Caio Tácito¹⁵) e indivisíveis, não podendo ser satisfeitos ou lesados senão em forma que afete todos os possíveis titulares; já os direitos individuais, mesmo quando homogêneos em relação a outros, não deixam de ter dono certo, continuando sendo direitos subjetivos individuais; b) o legislador criou mecanismos para defesa de direitos coletivos e difusos (ação civil pública e ação popular), e mecanismos para defesa coletiva de direitos individuais (mandado de segurança coletivo e ação civil coletiva), que pela sua tipicidade e configuração, são inconfundíveis e impróprios para finalidades diversas das que lhes foram destinadas; c) na defesa de direitos coletivos, a substituição processual é a regra, dada a indeterminação dos titulares; na defesa de direitos individuais, no entanto, a substituição processual é exceção, e como tal tem interpretação estrita, sendo admissível apenas nos casos e nos limites previstos em Lei; d) a técnica adotada

pelo legislador para tornar viável a defesa coletiva de direitos individuais, é a da substituição processual autônoma, com características e limites próprios para cada um dos mecanismos processuais criados; e) o *mandado de segurança coletivo*: - é instrumento de tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (e não de direitos coletivos que, se for o caso, poderão ser tutelados pelo mandado de segurança tradicional); - a entidade impetrante deve ostentar interesse jurídico próprio, que se configura pela relação de compatibilidade entre sua natureza e razão de ser, e a natureza dos direitos individuais afirmados em juízo; - as entidades legitimadas, exceto o Partido Político, somente poderão impetrar segurança coletiva como substitutas processuais dos respectivos filiados ou associados; - não é vedado ao legislador ordinário ampliar o rol dos legitimados ativos previsto na Constituição; - a substituição processual é autônoma, dispensada a impetrante de qualquer autorização dos titulares do direito, que serão particularmente identificados por ocasião do cumprimento da sentença; - entre o mandado de segurança coletivo e o individual há relação de continência e conteúdo; - a sentença, quando se pronunciar sobre o próprio direito (e não apenas sobre sua liquidez e certeza) fará coisa julgada em relação a todos os substituídos; f) a *ação civil coletiva*: - é a prevista no art. 91 da Lei nº 8.078, de 1990; - tem regra de competência distinta da ação civil pública; - seu objeto é a tutela de direitos individuais decorrentes de relações de consumo; - a pretensão é de natureza condenatória; - a sentença será genérica e a identificação e individualização dos substituídos e suas específicas situações serão objeto de ação de cumprimento; - não há substituição processual, e sim representação, na ação de cumprimento; - o titular do direito material tem a opção de se vincular ou não à ação coletiva e à sentença nela proferida; - extrapolam os limites da substituição processual pretensões de natureza constitutiva (incompatíveis com sentenças genéricas e com a faculdade de não-vinculação

substituído), bem assim de providências tutelares relacionadas com a ação de cumprimento (sujeita a regime de representação); - entre ação coletiva e a individual não há identidade quanto ao pedido (a ação individual abute a ação de cumprimento), o que induz conexão, mas não litispendência; - a sentença *procedência* fará coisa julgada *erga omnes* para beneficiar, no que se refere ao provimento genérico, todos os possíveis titulares do direito, exceto os que, optando pela não-vinculação, mantiveram demandas individuais paralelas; - a sentença de *improcedência* fará coisa julgada em relação aos que se vincularam à ação coletiva como litisconsortes ativos; g) quanto ao *Ministério Público*: - não é da sua natureza constitucional defender direitos subjetivos individuais disponíveis; - nos casos em que o legislador o legitimou para tal (tutela de consumidores, de credores de instituições financeiras em regime de liquidação, e de investidores no mercado financeiro), há substituição processual autônoma, para demandar extensão condenatória genérica, em caráter letivo e impessoal; - a compatibilidade constitucional dessa legitimação está em que a lei conjunta àqueles direitos individuais implica também lesão a valores sociais especialmente privilegiados pelo direito positivo, cuja tutela é encargo do Ministério Público; - afora casos expressamente previstos em Lei, a legitimação do Ministério Público para defesa de direitos individuais poderá ser admitida apenas em situações especiais, quando a lesão ao conjunto dos direitos venha representar, à luz dos valores jurídicos estabelecidos, não apenas soma dos interesses particulares, mas sim o comprometimento de interesses relevantes da sociedade como um todo.

Notas

¹⁵ Kazuo Watanabe, escrevendo sobre "Demandas coletivas e os problemas Emergentes da Práxis Forense", afirma: "É preciso evitar-se, a todo o custo, que graves er-

ros, dúvidas e equívocos, principalmente os decorrentes de mentalidade incapaz de captar com sensibilidade social as inovações e os provocados por vedetismo ou espírito político-eleitoreiro, possam comprometer irremediavelmente o êxito de todo esse instrumental, que tem tudo para solucionar adequadamente os inúmeros conflitos de interesse coletivos que marcam a sociedade contemporânea. Nos Estados Unidos, onde as *class action* tem longa tradição, há opiniões favoráveis... e também negativas... , e não são poucos os que manifestam preocupação a respeito de sua correta utilização de modo a não transformá-las em instrumento de proveito egoístico de quem as propõe, em vez de fazê-las cumprir objetivos sociais a que se vocacionam. Com maior razão, preocupação redobrada devemos ter no Brasil, onde o individualismo é mais acentuado e não temos ainda tradição no trato com as demandas coletivas" (in "As Garantias do Cidadão na Justiça", autoria coletiva, coordenação do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, SP, Saraiva, 1993, pág. 186). Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, com a mesma preocupação, dedicaram capítulo especial sobre "Ação Civil Pública e sua Abusiva Utilização pelo Ministério Público" in *Devoto Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, SP, RT, 1993.

² Rodolfo de Camargo Mancuso, "Uma análise Comparativa entre os Objetos e as Legitimações Ativas das Ações Vocacionadas à Tutela dos Interesses Metaindividuais: Mandado de Segurança Coletivo, Ação Civil Pública, Ações do Código de Defesa do Consumidor e Ação Popular", in "Justitia", nº 54, pág. 181, Lúcia Valle Figueiredo, in *Perfil do Mandado de Segurança Coletivo*, SP, RT, 1989, págs. 15-16.

³ Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 266, Rel. Min. Carlos M. Velloso, Primeira Seção, RSTJ 10/254, com a seguinte ementa: "Mandado de Segurança. Mandado de Segurança Individual. Mandado de Segurança Coletivo. Interesses Difusos. I - O mandado de segurança individual visa à proteção da pessoa, física ou jurídica, contra ato de autoridade que cause lesão, individualizadamente, a direito subjetivo (CF, art. 5º, LXIX). Interesses difusos e coletivos, a seu turno, são protegidos pelo mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX), pela ação popular (CF, art. 5º, LXXIII) e pela ação civil pública (Lei nº 7.347/85). II - Agravo Regimental Improvido". Há, entretanto, decisões em outro sentido, admitindo impetração de mandado de segurança coletivo em defesa de direitos subjetivos individuais, como v. g., o MS nº 522, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Seção, Ementário de Jurisprudência do STJ, 3/34.

⁴ Ada Pellegrini Grinover, "Mandado de Segurança Coletivo - Legitimação e Objeto", in *Revista de Processo*, 57, págs. 96-101; Celso Agrícola Barbi, "Mandado de Segurança na Constituição de 1988", in *Mandados de Segurança e de Injunção*, vários autores, coordenador Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, SP, Saraiva, 1990, págs. 67-74.

⁵ J. J. Calmon de Passos, in *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data - Constituição e*

Processo, Forense, 1989, pág.13; Athos Gusmão Carneiro, "Anotações Sobre o Mandado de Segurança Coletivo", in AJURIS, 54, págs. 53-74.

6 RTJ 142/446-449.

7 RTJ 54/71 e RTJ 89/396

8 A propósito: J.J. Calmon de Passos, in op.cit., págs. 12-13.

9 EDcl no MS nº 197, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Seção, Ementário de Jurisprudência do STJ 4/167-168, em cuja ementa se diz que "A exemplo dos sindicatos e das associações, também os partidos políticos só podem impetrar mandado de segurança coletivo em assuntos integrantes de seus fins sociais em nome de filiados seus, quando devidamente autorizados pela Lei ou por seus estatutos. Não pode ele vir a juízo defender direitos subjetivos de cidadãos a ele não filiados ou interesses difusos e sim direito de natureza política, como por exemplo os previstos nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal". No mesmo sentido: ROMS 2423, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJ de 22.11.93, pág. 24974.

10 É a orientação predominante no STJ, como se vê, v.g., do CC nº 2.706-0-CE, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, RSTJ 45/34, em cuja ementa está dito que "A ação civil pública e as demais ações propostas com base na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, devem ser ajuizadas no foro do local onde ocorreu o dano a que se refere seu artigo 2º. Se se trata de comarca em que não há juiz federal, será competente o juiz de direito, cabendo recurso ao Tribunal Regional Federal". No mesmo sentido: CC nº 2.230-RO, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Primeira Seção, DJ de 28.05.93, pág. 10406.

11 Ada Pellegrini Grinover, comentando o art. 95 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, observou que "A pretensão processual do autor coletivo, na ação de que trata o presente capítulo, é de natureza condenatória e condenatória será a sentença que acolher o pedido". (in Código de Proteção e Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto, RJ Forense Universitária, 2ª ed., 1992, pág. 548)

12 Ada Pellegrini Grinover, nos "Comentários ..." citados, referindo-se à legitimação para a liquidação e execução, anotou que "... a liquidação e a execução serão necessariamente personalizadas e divisíveis. Promovidas que forem pelas vítimas e seus sucessores, estes estarão agindo na qualidade de legitimados ordinários, sendo individual o processo de liquidação e execução. E quando a liquidação e execução forem ajuizadas pelos entes enumerados no art. 82? A situação é diferente da que ocorre com a legitimação extraordinária à ação condenatória do art. 91 (...). Lá os legitimados agem no interesse alheio, mas em nome próprio, sendo indeterminados os beneficiários da condenação. Aqui, as pretensões à liquidação e execução da sentença serão necessariamente individualizadas: o caso surge como de representação, devendo os entes e pessoas enumerados no art. 82 agirem em nome das vítimas ou sucessores" (op.cit., pág. 553).

13 "O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos", in Revista de Informação Legislativa, a. 30, n.117, pág. 173; Revista Jurídica, v. 41, nº 189, pág. 21.

14 "O interesse de grupos não se confunde com o interesse coletivo. O primeiro, mesmo contando com pluralidade de pessoas o objetivo é comum e limitado, ao passo que no segundo está afeto a difusão do interesse, alcançando os integrantes da sociedade como um todo". (MS nº 256-DF, Rel. Min. Pedro Acioli, Primeira Seção. DJ de 04.06.90, pág. 5045. Assim: "Ação Civil Pública. Mensalidades escolares. Repasse do aumento dos professores. Ministério Público. Parte Ilegítima. Não se cuidando de interesses difusos ou coletivos, mas de interesses individuais de um grupo de alunos de um determinado colégio, afasta-se a legitimidade do Ministério Público." (Rel. Min. Garcia Vieira, RSTJ 54/306).

15 "Controle Jurisdicional da Administração Pública na Nova Constituição", in RDP nº 91, pág. 30 e ss, 1989, pág. 13;

Da Instituição do Pátrio Poder

Carlos Silveira Noronha

Professor de Teoria Geral do Processo, de Direito Processual Civil e de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO:

1 - Conceito e evolução; 2 - Caracteres do pátrio poder; 3 - Os titulares do pátrio poder; 4 - O pátrio poder quanto à pessoa dos filhos; 4.1 - O conceito de família e entes afins; 4.2 - O dever de criação e educação; 4.3 - O dever de guarda; 4.4 - O dever de representação e de assistência; 4.5 - Outras prerrogativas dos pais quanto à pessoa dos filhos; 5 - O pátrio poder quanto aos direitos patrimoniais; 5.1 - Do usufruto legal; 6 - Da suspensão do pátrio poder; 7 - Da destituição e extinção do poder paternal.

1. Conceito e evolução

Segundo o testemunho dos historiadores, a mais antiga versão do pátrio poder está na *patria potestas*, cultivada já em época pré-romana pelos hebreus, persas, gálatas e em geral pelos povos preclássicos consoante revelações de Aristóteles (*Ethic Nicômaco*, VIII, 10) e de César (*De bello gallico*, VI, 19), a que a generalidade dos romanistas se referem¹. Mas é em Roma, na expressão de Gaio, que a *patria potestas* se aperfeiçoa e se institucionaliza definitivamente².

E não discordam os tratadistas de que o acatado jurisconsulto clássico referia-se aos escravos, os quais, segundo o mesmo relata, no parágrafo anterior de suas *Institutas*, também estavam sob a autoridade paternal, embora em condições menos vantajosas que os *filii familias*.

Dessa situação não dissente a doutrina romanista, isto é, de que *filii* e *servi* submetiam-se ao poder do *pater familias*. Mas, de igual modo, não se discute que na patriarcalidade havia distinções entre a *potestas* e o *dominium* relativamente ao escravo, pois o poder dominial para o último consubstancia-se numa relação de direito patrimonial, na qual o *servus* não era senão

um objeto do direito, como qualquer coisa, enquanto perante a potestade era o mesmo figurante de uma relação jurídica que lhe reconhecia a condição humana³.

Durante os primeiros séculos da idade romana, o poder paternal fez do chefe de família um sacerdote que presidia o culto familiar e um verdadeiro magistrado doméstico, que tomava as mais variadas decisões, sendo-lhe facultado executar sobre seus subordinados as penas mais rigorosas. Eram-lhe permitidos, v.g., o poder *Vitae et necis*, o de vendê-los a terceiros e o de abandoná-los a qualquer sorte, ou ainda, o de entregá-los como indenização *noxae deditio*. Esta situação imperou durante todo o período régio e, embora com moderações, no período republicano, quando o poder do chefe para determinar a morte do filho que estava sob sua potestade, devia contar com os parentes mais próximos ou com pessoas importantes, tais como senadores, consoante o relato de Aulus Gellius (*Noctes Attices*, V, 19) e o testemunho de autores da historiografia do Direito⁴.

Todavia, a partir do Principado, foram relaxados muitos abusos do poder paternal, havendo Adriano, que subiu ao trono, no ano 117 d.C., expedido um edito que casti-

gava um *pater* à pena de expatriação, por haver matado seu filho, culpável de adultério com a sogra. E já no final do segundo século da era cristã os poderes do *pater familias* estavam reduzidos a um modesto direito de correção, de tal modo que ensejou uma significativa máxima do jurista Marciano, inspirada na filosofia estoica: *Nam, patria potestas in pietate debet, nun atrocitate consistere*.

Na época de Antonino Caracala, no início do século III da era cristã, foi declarada ilícita a venda dos filhos, havendo Diocleciano (285-305 d.C.) proibido qualquer tipo de alienação dos *filii*, fosse mediante venda, doação ou empenho (garantia). O sucessor deste, Constantino (306-337), influenciado pela doutrina da Igreja Católica do Ocidente, decidiu que, em qualquer caso, todo aquele que tivesse mandado matar seu filho, seria castigado como parricida⁵.

Todos os componentes da família estavam unidos pelo vínculo da *agnatio*, ou parentesco civil, eis que nos primeiros tempos irrelevante tornou-se o vínculo da *cognatio*, ou parentesco consanguíneo. Esta veio adquirir real importância somente na primeira metade do século IV, com Constantino e sob as instâncias na Igreja, como se viu. Finalmente, com Justiniano (527-565 d.C.), desapareceu, de modo definitivo, a *agnatio*, restando suficiente a *cognatio* para estabelecer os vínculos de família⁶.

Destarte, na família romana incluíam-se pessoas estranhas à gênese familiar hoje concebida pelo direito moderno, no que se é levado a concluir que o conceito antigo de pátrio poder apresentava-se sobremodo discordante em relação ao atual, porquanto é no complexo familiar que se apoia o de poder paternal. E há entre nós tratadistas de tomo que advertem que, “comparando-se o

pátrio poder na forma como se apresentava na antiga Roma, com o mesmo instituto na roupagem que hoje o reveste, nota-se uma tão profunda modificação em sua estrutura, que não se pode acreditar se trate da mesma instituição. Com efeito, a idéia que se tem é a de que o tempo provocou uma evolução tão radical em seu conteúdo, que afetou a própria natureza do poder paternal”⁷.

Na Idade Média, registra-se um conflito entre a orientação transmitida através da legislação justiniana que prevaleceu nos países de direito escrito, de um lado, e de outro, a linha do antigo direito germânico, muito mais branda e inspirada mais no interesse do filho do que o do pai, que vigeu nos países de direito costumeiro. Enquanto o Código Napoleão seguiu a linha germânica, o direito português das Ordenações seguiu a orientação romana, porém, já com os abrandamentos que o instituto sofreu através dos tempos. E é nesse sentido que se caracteriza o pátrio poder no direito moderno, onde se transformou em instituição de caráter protetivo das pessoas que, tendo vínculo consanguíneo ou civil com outrém que lhes deve proteção, encontrem-se impossibilitadas parcial ou totalmente para dirigir suas vidas e exercer seus direitos⁸.

No âmbito do direito europeu-continental, a doutrina francesa, com base nas disposições do Código napoleônico, define o pátrio poder nos seguintes termos: “O poder paternal é o conjunto de poderes e de direitos que a lei confere ao pai e à mãe sobre a pessoa e bens de seus filhos, para lhes permitir satisfazer os próprios deveres”⁹.

Perante a doutrina pátria e na visão originariamente adotada pelo Código Civil de 1916 (art. 380), é a instituição do pátrio poder definida como “o complexo dos direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os

is dos filhos”. Com as modificações introduzidas na lei nacional, e especialmente com o chamado Estatuto da mulher casada (Lei nº 4121/62), que modificou a redação do precitado artigo 380, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a aborção da mulher. É que, também sociologicamente e filosoficamente, não se justificava que a mãe não tivesse iguais direitos e deveres. A lei acabou por reconhecê-los.

Esse conjunto de direitos, a que se refere o conceito acima, tem caráter tutelar e protetivo no direito moderno, visando mais o interesse do filho que, em razão de sua idade precoce, necessita de um orientador ou tutor. Não mais se dirige à tutela de esses do *pater*, como no direito antigo. A autoridade dos pais sobre os filhos não se restringe tão só de conteúdo jurídico, mas também de conteúdo moral e sociológico, pois mananação de um poder que emerge de um núcleo social, tal como é a família, ou uma entidade familiar, hoje reconhecida pela nossa Carta Política de 1988 (art. 226, §§ 3º e 4º) que abrange não só as uniões de fato estabelecidas, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes¹⁰.

Para Pontes de Miranda, “o pátrio poder moderno é conjunto de direitos concedidos ao pai ou à mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar a sua missão de criar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a pátria” ou ainda “é o conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou à mãe, sobre a pessoa e bens do filho, até a maioridade, ou emancipação desse, e de deveres em relação ao filho”. A expressão “poder” tem o sentido de exteriorização do querer e não o de imposição ou violência.

Há que se entender que os direitos representam uma situação conseqüente aos deveres, mas é certo que no pátrio poder, como de resto nos demais direitos protetivos, a plêiade de deveres é de maior contingente que a dos direitos. Essa é a filosofia adotada pela lei pátria, recolhida mesmo de manifestação dos Tribunais, pois já anteriormente à edição do Código Civil, em julgado de 6 de novembro de 1909, o Tribunal de Justiça de São Paulo definia o pátrio poder como o conjunto de direitos e poderes que a lei concede aos pais, sobre a pessoa e bens dos filhos menores, para que possam cumprir os seus deveres, ocasião em que reputava conseqüentes aos deveres os direitos¹¹.

2. Caracteres do pátrio poder

O pátrio poder qualifica-se como situação jurídica de natureza peculiar do ponto de vista técnico, tendo em vista constituir-se de um complexo de direitos e deveres atribuídos as personagens que nele atuam. Diante dessa perspectiva, apresenta características próprias que o distinguem de outros institutos.

Em primeiro lugar, não se desenvolve o poder paternal numa relação jurídica com direitos e obrigações correlatos. Embora a faculdade de agir do pai possa corresponder a um dever do filho, não se estabelece entre eles uma relação do tipo obrigacional, tal a que se forma entre credor e devedor, nem nele se pode enxergar, na sua feição moderna, um direito real sobre a pessoa do filho. Destarte, o pátrio poder constitui um *munus* imposto pelo Estado aos pais, que transcende o direito privado e se transfere para o âmbito do direito público. É o pátrio poder

um *direito-função*, um *poder-dever* que se colocaria em posição intermédia entre o *poder* e o *direito subjetivo*¹².

Uma outra característica do pátrio poder é a sua *inalienabilidade* e *irrenunciabilidade*. Tais situações decorrem da sua indisponibilidade, não podendo ser transferido pelos pais a outrem, nem abdicar do mesmo, dada a sua natureza pública, sujeita à tutela do Estado¹³.

A *imprescritibilidade* é outra característica decorrente das duas anteriores, eis que do pátrio poder não decaem os genitores pelo fato de deixar de exercê-lo. Na realidade, o pátrio poder só é retirado dos pais pela suspensão, perda ou destituição nos casos previstos em lei, nunca pela omissão dos titulares ativos¹⁴.

É de se registrar, ainda, a *incompatibilidade* do pátrio poder com a *tutela*. Esta só é cabível para menor que não tem pais vivos os quais tenham perdido o poder paternal por destituição ou dele tenham sido suspensos. Não pode haver menor sob tutela, salvo nos casos precitados, pois o instituto do pátrio poder, por ser mais amplo, absorve aquele¹⁵.

Por fim, caracteriza o instituto do pátrio poder o fato de ensejar, entre os personagens que dele participam, uma relação de autoridade e de sujeição, pois enquanto os genitores exercem uma atividade de comando, os filhos devem sujeitar-se ao dever de obediência¹⁶.

3. Os titulares do pátrio poder

No que diz com os sujeitos intervenientes na relação jurídica que se constitui pelo pátrio poder, cabe referir que nela interferem dois ou mais personagens que se agru-

pam nos dois polos da relação: um ou mais indivíduos que se lançam no polo ativo, de um lado, e de outro, também um ou mais sujeitos que figuram no polo passivo. Destarte, dependendo da situação do núcleo familiar, a relação jurídica de pátrio poder poderá ser simples ou complexa. Simples, se o casal, ou o pai ou a mãe, individualmente, tiverem apenas um filho; complexa, na hipótese inversa, quando os consortes ou um deles individualmente tiver mais de um descendente. A complexidade, como se vê, opera-se sempre no polo passivo, eis que no polo ativo ela é ordinariamente simples, porquanto não pode haver mais de um pai ou mais de uma mãe relativamente ao mesmo filho.

Na conformidade da redação original do estatuto civil pátrio (art. 380), os titulares ativos do pátrio poder, que seguia o modelo francês expresso no Código Napoleão (art. 373), eram os pais, mas sendo o pai o chefe da família, competia-lhe, na vigência do casamento, exercitar os direitos pertinentes ao instituto, devendo ouvir a mãe em tudo o que se referisse ao interesse do filho. Tal situação não tinha o condão de absorver a personalidade da mulher, e nem, muito menos, aniquilar ou esgotar o direito da mesma de velar pelo bem estar do filho. A preferência conferida ao pai decorria da sua condição de chefe da família¹⁷.

Com as modificações posteriores e especialmente com a edição do Estatuto da mulher Casada (Lei nº 4.121/62), passaram a repartir a titularidade do poder paternal, marido e mulher, agora em sistema de comunidade e de exercício simultâneo do direito, “exercendo-o o marido com a colaboração da mulher”. Também na sua versão atual repete a lei pátria o atual artigo 372 do estatuto francês, que agora tem redação mais sucinta do que o original¹⁸.

Segundo disposição final do artigo 380, exercício do pátrio poder, que ordinariamente é atuado pelos dois titulares, pode concentrar-se, no caso de perda ou suspensão de qualquer deles, na pessoa do outro, que também se repete o artigo 372-1 do Código de França.

É dinâmico e ininterrupto o exercício do poder de ambos os genitores sobre os filhos, modo que se não podem omitir em qualquer dos deveres que a lei lhes atribui (artigos 384-391). É de se registrar não ser exaustivo o elenco de deveres enunciado na lei, eis há inúmeros casos em que a jurisprudência tem caracterizado como omissão ou omissão de um ou de ambos os pais. E só para mencionar um, traz-se à baila decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 31.08.81, em que aquele Pretório concentrou na pessoa da mãe o pátrio poder de filho menor, cujo pai se omitira no desempenho do engenho, ao decidir que “se o pai foi omissor na defesa dos direitos dos filhos, pode a mãe exercer o pátrio poder, sem quebra da cadeia do lar” (RT 533/115).

Há que se atentar que, apesar da inovação introduzida no artigo 380, existe ainda a preeminência do pai em relação à mãe no exercício do poder pátrio, eis que no caso de divergência de ambos, prevalece a decisão do cônjuge varão, cabendo à mulher ou informar-se com a posição marital ou recorrer ao juiz. À manifestação judicial, deve necessariamente submeter o pai, no entanto, a hipótese alvitada na lei não registra a eficácia prática, porque a mulher, ante perspectiva de demanda com o marido, está freqüentemente abdicando dessa faculdade, o fazendo, quase sempre, em prol da harmonia familiar, salvo, é evidente, se os atos da deliberação errônea do pai causa-

rem ao filho mal que transcenda o bem referido.

Afora a situação matrimonial fundada no casamento civil, que ainda é a regra, encontram-se agora reconhecidas pela nossa Carta Política (art. 226, §§ 3º e 4º) outras modalidades assemelhadas à família, que desde muito conviviam no contexto social, mediante o beneplácito da jurisprudência, mas sem usufruir proteção plena da lei. São os casos do concubinato puro e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a que a Lei Maior denominou “entidade familiar”. É nosso entendimento de que no que pertine à relação entre pais e filhos, embora fora do casamento civil, são aplicáveis as normas de direito de família, e em tal circunstância a titularidade para o exercício do pátrio poder é do pai e da mãe em conjunto, não havendo, pois, discrepância, em confronto com os filhos havidos na união matrimonial tradicional, tutelada pela lei civil.

No caso de filhos havidos fora do casamento civil ou provenientes de entidade familiar, a titularidade para o exercício do poder paternal é de ambos os pais. Porém, na inexistência de convivência comum dos pais, exerce-o individualmente aquele que do filho tiver a guarda, já por razões de ordem prática, obviamente sem excluir a participação do outro genitor, quando oportuna ou necessária. Em tal sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgado de 20.08.81 (Apelação nº 265.011), que “em benefício do menor, o pai adúltero pode pleitear a suspensão do pátrio poder exercido pela mãe, em face dos termos amplos do art. 394 do C.C.”, cuidando-se especificamente de mau procedimento moral da genitora (RT. 558/71).

Até aqui, cuidou-se da titularidade para o exercício do pátrio poder dos pais relati-

vamente aos filhos provenientes da consangüinidade. Mas, além desses, efetivamente os mais numerosos, há um não pouco expressivo contingente de filhos provenientes de parentesco civil, que se desligam dos ancestrais consangüíneos e se unem por parentesco civil aos adotantes, através dos institutos da adoção simples ou plena (C. Civil, art. 376). Estão tais menores sob o pátrio poder dos adotantes, que se erigem em titulares ativos para o exercício desse encargo familiar, em substituição aos pais consangüíneos.

Titulares passivos do pátrio poder são os filhos até a maioridade plena ou a emancipação, sejam, oriundos do casamento civil ou não. Leis tributárias, especialmente a do imposto sobre a renda, bem como previdenciárias, têm admitido a dependência econômica de filhos matriculados em cursos de ensino superior até 24 anos, o que não deixa de ser uma *longa manus* parcial do poder pátrio, em âmbito de proteção patrimonial.

4. O pátrio poder quanto à pessoa dos filhos

Na expressão de Savatier, o pátrio poder reúne em seu contexto um conjunto de direitos e deveres que a lei atribui ao pai e a mãe sobre a pessoa dos filhos, no direito moderno. Esses direitos ou deveres dizem imediatamente com a pessoa e a personalidade do menor, na sua transição de ente humano com compleição física e orgânica débil ou incompleta, com formação moral e psíquica ainda em desenvolvimento e com aspirações, ilusões e comportamentos, que são antes frutos da inconstância do que propriamente a revelação de rebeldia.

O menor é, por deficiências psíquicas e somáticas peculiares à sua idade, um ser carente e hipossuficiente no confronto com o mundo adulto, necessitando, por tal circunstância, que a medicina, a sociologia e o direito lhe ofereçam proteção, em razão de não possuir aptidões pessoais para supri-las ou assegurá-las pelo seu próprio agir, senão pela colaboração desprendida e altruística de outrem.

Diante dessa realidade, comum e inafastável na vida humana, cria a ordem jurídica instrumentos ou modos de suprimento das hipossuficiências vividas pelo menor em seu transitório estágio de vida, as quais são de ordem biológica, psíquica, social e material. E se não satisfeitas no momento azado, tais deficiências poderão influir fatalmente no porvir da criança, resultando em deformidades raras vezes superáveis em sua vida adulta.

Por isso, é dever da pessoa *sui iuris* a quem a ordem jurídica atribuir o pátrio poder, velar não só pelos direitos fundamentais da criança ou adolescente, mas também implementar-lhe todas as necessidades surgidas em cada estágio de sua evolução biológica, através dos mecanismos da criação, guarda, alimentação, educação, repressão e assistência em geral.

4.1 - O conceito de família e entes afins

Concebendo a família ainda sob o módulo patriarcal, com as atenuações ditas pela evolução sócio-jurídica emergente da época político-liberal em que foi editada, a nossa codificação seguiu os parâmetros das ordenações ligadas ao sistema romano-germânico, amparando-a em quatro ordens

relações: a relação conjugal, o parentesco e consangüinidade, o parentesco afim e o parentesco civil.

A relação conjugal é a célula-mater sobre a qual descansa a relação de filiação, formando marido e mulher o núcleo base em que se stenta a família natural, formada por pais e filhos, porque fundada na afinidade entre cônjuges e na consangüinidade entre estes e a prole. Conquanto não seja a relação conjugal uma relação de sangue, acha-se materializada por uma fusão física, espiritual, afetiva, solidária e duradoura, de modo a formar o suporte psicológico e material da família, cercanda-a de uma relevância tal, no âmbito dos valores, que leva a doutrina a considerar-lhe, em sua defesa, um hino de louvor, ao qualificá-la como "núcleo fundamental e irredutível das nações, manancial peregrino de virtudes privadas e públicas, miniaturado Estado..., instituição milenária e universal que espíritos insensatos, desvairados e perversos têm procurado dissolver, numa agressiva relaxação, sacrificando ao egoísmo e aos vícios dos indivíduos os superiores interesses da coletividade"¹⁹.

O parentesco é o vínculo que se estabelece entre pessoas que descendem uma da outra ou todas de um tronco comum, fundando-se numa comunidade de gerações. O primeiro tipo de relação parental constitui o parentesco em linha reta; o segundo, o lateral ou transversal, ou em linha oblíqua. Ambos formam o parentesco consangüíneo.

O parentesco afim, que se fixa por determinação da lei (C. Civil, art. 374), é o parentesco que se opera entre um dos consortes e os parentes consangüíneos do outro, sendo ilimitado na linha reta e restrito na lateral, até o segundo grau²⁰. Este não integra a família natural ou biológica.

O parentesco civil resulta da adoção e constitui-se no vínculo jurídico que une o adotante e o adotado. Há dois tipos de adoção. A adoção simples, regulada pela lei comum (C. Civil, arts. 368-378), que se realiza por escritura pública; e a adoção plena, regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que se opera por sentença judicial. O filho passa, a partir do ato de adoção, a integrar-se no seio de uma família legítima, ou seja, aquela que se constitui segundo a lei.

Além do módulo familiar fundado no casamento civil ou no casamento religioso com efeitos civis, há que se considerar a existência de outros módulos afins à família, aos quais reconhece a lei a categoria de *entidade familiar* alinhando-os como entes equiparados à família tradicional milenarmente reconhecida e regulada pela ordem jurídica. Tais são o chamado *concubinato puro*, resultante da união estável entre homem e mulher, sem impedimentos para o casamento, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, consoante as definições contidas nos §§ 3º e 4º do artigo 226 da Constituição Federal, que expressamente as denomina *entidade familiar*.

Pela composição que apresentam estas, reunindo em seu núcleo os companheiros e a prole eventual, por um lado, ou a comunidade formada por um dos pais e seus descendentes, por outro, pode-se conceber que nestas duas figuras, admitidas pela sociedade e reconhecidas pela ordem jurídica, contêm-se os elementos necessários à formação de uma *família natural*.

Acresça-se a essas, um terceiro ente que guarda estreita afinidade com a família clássica. É a chamada *família substituta*, instituição de notável significação social e humana, que a ordem jurídica pátria acaba de admi-

tir, com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, arts. 28 a 32). Entende-se por família substituta aquela que, como a própria denominação o diz, *substitui* a família natural, acolhendo menor que restar desprotegido, por extinção de sua família originária, ou em estado de abandono, com o objetivo de oferecer-lhe proteção familiar, social e jurídica, seja na condição de simples protegido, como na guarda e na tutela, seja na qualidade de filho, pelo vínculo civil da adoção plena.

Segundo a dita lei especial (art. 28), é através dos instrumentos da guarda, ou da tutela, ou da adoção plena que se constitui o ente chamado *família substituta*, hábil a abrigar menor carente de família natural ou em estado de abandono²¹. Contrapõe-se, como se vê, a família substituta à família natural, pois enquanto esta é formada por vínculos consanguíneos que a unem fisiologicamente social e juridicamente, aquela se opera mediante os vínculos civis da guarda, ou da tutela, ou da adoção plena.

De tudo o que se acabou de examinar, há que se concluir, que a família tradicional, as entidades familiares e a família substituta constituem os sustentáculos em que basilaramente se apoia, se desenvolve e se perfectibiliza a instituição do pátrio poder.

No sistema francês existe o *Conseil de Famille* (Code Civil, arts. 407-416) que se constitui após à morte de um ou de ambos os pais, com a finalidade de opinar acerca das atribuições do pátrio poder, na defesa dos interesses do menor, inclusive no que diz com a escolha do tutor, no caso de falecimento dos dois ou de apenas um dos genitores, havendo mais de um ascendente habilitado a exercer a tutela (Code Civil, art. 403). Este conselho é composto de quatro a seis membros, escolhidos entre os ascenden-

tes, colaterais e demais pessoas ligadas por estreita amizade à família do menor, dele não participando nem o juiz, nem o tutor (Code Civil, art. 407). Segundo a doutrina, o Conselho de família francês tem as características de pessoa moral²². Tendo como fonte o sistema francês, a mesma instituição do Conselho de família (*Familienrath*) foi acolhido também pela codificação civil alemã²³. No direito pátrio, embora fosse objeto de algumas cogitações genéricas, a dita instituição não tomou corpo. O Conselho Tutelar, criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069/90, arts. 131 a 135) não tem similitude com o Conselho de Família.

4.2 - Dever de criação e educação

Na forma da própria expressão legal, ao pai e à mãe competem conjuntamente direitos e deveres em relação aos filhos menores. O dever de criação revela-se primordialmente um fato humano e histórico que milenarmente antecede a tutela que veio a receber da normatividade jurídica. Para os adeptos e crentes da Igreja Católica, sua fonte original é de direito divino, estando inscrita na passagem do Gênesis, segundo a qual, Deus, após criar o homem e a mulher no paraíso terrestre, teria a ambos determinado: "Crescei e multiplicai-vos e enchei a terra". Mas também, não se deve deixar de considerar que o ato de criação do infante está estreitamente ligado ao fato da conservação da espécie e da perenização da *gens* familiar que integram os escopos da Humanidade.

De tal modo, revela-se o ato da criação do descendente, pelos pais, um acontecimento de profundo conteúdo humano, de expressão de amor e de interação social. O dever de criação, por se constituir numa consequência

natural da paternidade e da maternidade, recebe uma especial tutela da ordem jurídica, que o prefigura em primeiro lugar no nco de deveres dos genitores. Neste se incluem todos os meios materiais necessários desenvolvimento do menor, tais os deveres de alimentação, de moradia, de preservação da saúde, de vestuário, de acautelamento de acidentes, de ensinar um convívio harmônico e respeitoso, etc., de modo a propiciar aos filhos um crescimento saudável, visando chegar a uma vida adulta habilitada a dirigir sua pessoa e a administrar seus bens com eficiência e segurança.

Pelo dever de educação, que está interado com o dever de criação, cumpre aos pais iniciar os filhos para a escolha de um modelo de vida, seja espiritual ou de opção religiosa, que venha complementar os anseios de espiritualidade e estão integrados em todo o ser humano, no sentido do bem, do justo, do virtuoso, do útil e do social.

O dever de educação é antes um dever moral e um dever social, que a ordem jurídica acolheu e sancionou, por reconhecer que os valores que dele promanam concorrem decisivamente para a integração do indivíduo na sociedade e no Estado. Não admite a negligência dos genitores com a instrução moral dos filhos, pois o não cumprimento desse dever pode acarretar aos pais sanções civis, como a perda do pátrio poder (C. Civil, art. 395, I) e sanções penais, se tipificado o crime de abandono material e intelectual do menor (C. Penal, arts. 244 e 246).

Integra-se, de igual sorte, ao módulo educativo do dever paternal e do castigar moderadamente o filho, no sentido de indisciplinar os malefícios da ação incorreta e as consequências da correta conduta, embora a lei pátria não a preveja expressamente. A doutrina tem admitido, no que é secundada pela

jurisprudência, devendo tal procedimento dos pais ser deveras cauteloso, para não incorrer nas sanções civis (C. Civil, art. 395, I) ou na situação delituosa decorrente de maus tratos (C. Penal, art. 136)²⁴.

Autores há que entendem estar implicitamente admitido na lei civil, a senso contrário do preceito contido no artigo 395, o direito dos pais castigar moderadamente os filhos, como complementação do dever de educar²⁵.

Integra, por igual, o dever de educação atribuído aos pais, o de exigir obediência e respeito, porque estes constituem fatores de harmonia na convivência social, tanto no contexto familiar, quanto no complexo social externo (C. Civil, art. 384, VII).

Ainda na condução educacional dos filhos, é permitido aos titulares do pátrio poder exigir daqueles a prestação de serviços que sejam adequados à sua idade e estágio de desenvolvimento físico em que se encontrem (C. Civil, art. 384, I). No entanto, há que se observar que a lei trabalhista, no intuito de proteger o menor, veda-lhe o trabalho fora do lar até os 12 anos e o trabalho noturno até os 18 anos (C.L.T. arts. 403 e 404)²⁶.

4.3 - O dever de guarda

O dever de guarda é um dos atributos mais importantes para o exercício do pátrio poder, pois é ao lado dos genitores, privando da atmosfera familiar, que os filhos estão mais eficientemente protegidos dos males físicos ou morais que venham afetar-lhes a vida biológica ou a consciência moral. Com tal proximidade, podem os pais exercer mais efetivamente o dever de vigilância sobre a conduta dos filhos no ambiente familiar e no convívio social externo, pois têm melho-

res condições de aferir o comportamento do menor em tais circunstâncias.

O internamento do menor, em regime de pensionato em estabelecimento de ensino, é considerado extensão do poder de guarda, que pode ser delegado, nesse caso, com as cautelas legais. Nas hipóteses de separação ou divórcio dos genitores, o filho ficará na guarda de um deles, consoante o que se dispuser no processo judicial, de vez que o exercício do pátrio poder é comum a ambos os consortes (C. Civil, art. 381).

Ainda como decorrência do dever de guarda, a lei atribui aos pais o poder de reclamar a posse do menor de quem ilegalmente o detenha (C. Civil, art. 384, VI). Esta disposição da nossa lei civil encontra parâmetro no artigo 1. 632 do BGB alemão, que preceitua na tradução espanhola: *El cuidado de la persona del hijo comprende el derecho de exigir la devolución del mismo de cualquiera que antijuridicamente se le detenga al padre*²⁷.

Discutiu-se algum tempo a respeito da ação judicial adequada à solução desse problema, mas a prática dos tribunais restou por definir ser a busca e apreensão o procedimento hábil para tal²⁸.

4.4 - O dever de representação e de assistência

O atributo de capacidade das pessoas para a exercitação pessoal de atos jurídicos decorre do implemento de idade, de condições de saúde, ou de outros fatores específicos, tais a colação de grau em curso superior, o exercício do comércio com economia própria, o casamento civil, ou o instituto genérico da emancipação, segundo as disposições da teoria geral do direito civil (C. Civil, art. 84).

Para os menores sujeitos ao pátrio poder, todavia, o único fator determinante da incapacidade é o implemento de idade, levando-se em conta a incapacidade absoluta (C. Civil, art. 5º) e a incapacidade relativa (C. Civil, art. 6º). Deste modo os menores de 16 anos, por serem portadores de incapacidade absoluta, ficam alheios à realização dos atos jurídicos de que sejam titulares, sendo *representados* pelo pai ou pela mãe, enquanto que os menores com idades entre 16 e 21 anos cumpridos, já possuem alguma parcela de capacidade e por isso participam do ato jurídico, mas em razão de sua capacidade não ser ainda plena, são *assistidos* por qualquer dos genitores (C. Civil, art. 384, V).

4.5 - Outras prerrogativas dos pais quanto à pessoa dos filhos

No que respeita à *autorização para casamento* de menor sob o pátrio poder, compete aos titulares ativos desse direito/dever conceder ou negar anuência para o matrimônio do filho (C. Civil, art. 384, III). Todavia, quando se tratar de filho menor de 21 anos, oriundo de matrimônio civil, exige a lei o consentimento do pai e da mãe (C. Civil, art. 185). Havendo divergência entre os consortes, prevalecerá a vontade paterna, (C. Civil, art. 186) e, havendo denegação injusta, ao juiz caberá supri-la (C. Civil, art. 188).

Se a lei assim dispõe, aludindo cautelas na autorização para casamento de menor sob o poder paternal, é porque tem em vista constituir o matrimônio um ato de importância transcendente na vida dos noivos, cujos efeitos atinjam até a própria instituição do pátrio poder, devido à aquisição automática da emancipação do menor, pelo matrimônio (C. Civil, art. 9º, § 1º, II), re-

ltando, destarte, a extinção do pátrio poder²⁹.

Por fim, dispõe a lei civil que dentre os deveres e direitos conferidos aos pais no exercício do pátrio poder, há a considerar o que se refere com a *nomeação de tutor* para o menor, por testamento ou documento público autêntico, no caso de um dos pais não sobreviver à aquisição da maioridade pelo filho (C. Civil, art. 384, IV).

Essa escolha dos pais, sobre quem deverá exercer o pátrio poder dos filhos após à sua morte, é uma faculdade especial que a lei confere àqueles que têm a preocupação de bem orientar os destinos de seus filhos. Tal faculdade só é possível quando exercida por um dos genitores, diante da ausência por qualquer motivo do outro³⁰.

5. O pátrio poder quanto aos direitos patrimoniais dos filhos

Na esfera patrimonial do instituto do pátrio poder, há também uma plêiade de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, regulados pela ordem jurídica em cada caso específico. Nesse contexto, a primeira atribuição que a lei confere aos titulares ativos do poder paternal é a administração dos bens dos filhos, sobre os quais gozam os pais o direito de *usufruto legal*, que a lei considera inerente ao exercício da própria proteção paternal (C. Civil, art. 389).

Há que se entender que a administração dos bens é deferida pela ordem jurídica aos pais, em razão da situação natural em que se encontram, resultante de uma relação duradoura que os une a seus filhos, e que lhes infunde confiança e segurança no desempenho do encargo. Ressalte-se, com efeito, que os poderes conferidos aos pais são de mera administração, na generalidade dos casos, tais

os de zelar pela conservação dos bens, evitar-lhes o desgaste e o perecimento por fato de outrem, pagar-lhes impostos e taxas e outros cometimentos de pura e simples gestão. Em face disso, não é permitido aos administradores assumir obrigações que no futuro possam comprometer o patrimônio do menor e muito menos exercitar atos de disposição, bem como gravar de ônus reais os imóveis dos filhos. Não podem os pais, por igual, contrair, em nome do menor, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo nos casos indicados na lei e mediante autorização judicial (C. Civil, art. 386).

Toda vez que os sujeitos ativos do pátrio poder tiverem necessidade de praticar qualquer ato que ultrapasse os limites da pura e simples administração e que esse se justifique, por resultar em benefício da prole, impõe a lei a consulta prévia ao Poder Judiciário (C. Civil, art. 386, parte final), mas por medida de cautela, tal procedimento deverá ser observado, sempre que o ato a ser praticado pelos pais situe-se nas fronteiras entre o ato de administração e o de disposição. Há legislações alienígenas que mais minudentemente destriçam as hipóteses permitidas ou vedadas, como é o caso do sistema italiano, cujo artigo 320 do Código Civil expedido com o régio decreto nº 262, de 16 de março de 1942, milita nesse sentido³¹.

Pode ocorrer que, em determinadas situações, encontrem-se os pais, na administração dos bens dos filhos, em posição tal que faça colidirem os interesses destes com o daqueles. Em tais hipóteses, instala-se um conflito entre os titulares naturais da administração dos bens dos filhos e a pessoa destes. Para a solução desse impasse, há que serem chamados a intervir no ato ou no processo

os órgãos tutelares da ordem pública estatal, ordinariamente o Ministro Público, bem como a intervenção, por nomeação judicial, de curador especial para velar pelos interesses do menor (C. Civil, art. 387; CPC. art. 9º, I).

No particular, o ordenamento civil pátrio seguiu os parâmetros do Código francês, que atualmente, com a reforma constante da Lei nº 75-617, de 11.07.75, passou a disciplinar o assunto no artigo 389-6º; e também do Código italiano (art. 320), fonte direta da norma da mesma espécie inscrita na nossa codificação³².

Excluem-se da administração paterna os bens adquiridos pelo filho legítimo, antes do reconhecimento; os adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério, ou em qualquer outra função pública; os deixados ou doados ao filho, sob condição de não serem administrados pelos pais; e os bens que ao filho couberem na herança (art. 1.599), quando os pais forem excluídos da sucessão (art. 1.602). Nessas hipóteses, a lei exclui os bens do menor da administração e do usufruto paterno mais por razões morais do que propriamente por motivos de ordem patrimonial (C. Civil, art. 391).

5.1 - Do usufruto legal

O usufruto é direito real sobre coisa alheia (*ius in re aliena*), que é genericamente definido pela lei civil, segundo a qual "Constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade" (C. Civil, art. 713), mas, para Lafayette, é "o direito real de retirar da coisa alheia, durante um certo período de tempo, mais ou menos

longo, as utilidades e proveitos que ela encerra, sem alterar-lhe a substância ou mudar-lhe o destino"³³.

Perante o direito de família, há um tipo especial de usufruto que incide sobre os bens patrimoniais do filho sob o poder paternal, em favor dos pais, cujos fundamentos são expressamente pela própria lei fornecidos, ao declará-lo instituição "inerente ao exercício do pátrio poder" (C. Civil, art. 389). Ao pai e à mãe pertencem as utilidades, os frutos e rendimentos produzidos pelos bens dos filhos, situação que encontra sua fundamentação implícita na idéia de que as rendas originadas pelos bens do menor e recebidos pelos genitores compensam-se com as despesas que estes têm com a criação, educação, guarda e representação daquele, bem como com o elenco de providências e dispositivos armados para oferecer-lhe proteção. Se é verdade que aos pais incumbem, por dever legal, as despesas do filho, quando este não as possa atender, é também justo que os rendimentos produzidos por seus bens sejam utilizados pelos pais, para a cobertura dos ditos dispêndios.

O usufruto dos bens dos filhos sob o pátrio poder tem suas origens no direito imperial romano, onde, ao tempo de Justiniano, havia quatro espécies de pecúlios: castrense, quase-castrense, adventício e profetício. O instituto atual promana do pecúlio adventício, havendo se conservado no período do *utroque ius* e se disseminado nos costumes de vários povos. O Código Napoleão, admitiu o instituto como atributo da *puissance paternelle* e sob a denominação de *juissance legale*, que atualmente encontra-se definida no artigo 382 do Código Civil francês. Daí, espalhou-se pelas legislações ligadas ao sistema *Civil law* ou europeu-continental, a que se filia o nosso³⁴.

Esse tipo de usufruto, em virtude de estar vinculado ao direito de família, não está sujeito a algumas regras gerais que o disciplinam no âmbito do direito das coisas, entre as quais, a caução a ser oferecida pelo usufrutuário (art. 729), que aqui é dispensada, persistindo, todavia, a hipoteca legal sobre os bens dos ascendentes (C. Civil, art. 827, I), para assegurar ao filho não só a devolução dos seus bens ao final da menoridade, como também o ressarcimento de eventuais prejuízos patrimoniais decorrentes de perda ou deterioração dos mesmos, por culpa ou dolo do titular do pátrio poder³⁵.

Além disso, esse usufruto especial não depende de transcrição no registro de imóveis³⁶. Há que se salientar, ainda, que não estão sujeitas à prestação de contas as rendas produzidas pelos bens patrimoniais dos filhos e recebidas pelos titulares ativos do pátrio poder, porque estes as recebem como próprias suas, por mandamento legal, salvo se forem de alto valor, consoante já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em Acórdão de 17.09.85, no sentido de que "O detentor do pátrio poder está isento da obrigação de prestar contas ao filho que atingiu a maioridade, salvo se os rendimentos forem de alto valor excedendo os gastos presumíveis da criação e educação do menor" (RT 603/189). Neste sentido é também o julgado constante da Revista dos Tribunais vol. 231, página 295. A doutrina sobre o assunto não é uniforme, existindo uma corrente que dispensa a prestação de contas³⁷ e outra que a exige³⁸.

Excluem-se do usufruto legal, além dos bens que são excluídos também da administração paterna, referidos acima (item 5), mais os seguintes: a) os bens deixados ou doados ao filho com a exclusão do usufruto paterno (C. Civil, art. 390, I); b) os bens deixados ao

filho, para fim certo e determinado (C. Civil, art. 390, II).

6 - Da suspensão do pátrio poder

Já se viu que o pátrio poder constitui-se num *munus* que o poder público tem o maior interesse em tutelar, por ser um fator de integração da família em prol da sociedade e do Estado. Por essa razão, é que se justifica a vigilância e a interferência estatal inclusive sobre fatos que se operam no foro interno da família, como ocorre com o exercício do pátrio poder pelos pais.

Efetivamente, verificando-se, por seu comportamento defeituoso, que os pais prejudicam os filhos, reage o ordenamento jurídico, aplicando àqueles *sanções* de menor ou de maior grau, que se consubstanciam, respectivamente, na *suspensão* ou na *destituição* do poder paternal. No primeiro caso, a pena é mais branda, pois é o exercício do encargo *suspensio* por tempo determinado, até que cessem as causas que lhe deram origem; no segundo, a penalização é mais exacerbada, ocorrendo a *destituição*, por prazo indeterminado e, muitas vezes, em caráter definitivo.

A *suspensão* pode ocorrer por duas causas: má conduta do pai ou da mãe ou por fatos involuntários. A suspensão por decorrência de fatos involuntários opera-se: a) quando o titular do pátrio poder é interditado judicialmente; ou b) no caso de ausência, declarada por sentença³⁹. A suspensão pode abranger a totalidade da prole, mas é muito comum acontecer que a causa determinante atinja somente um dos filhos e não os demais, caso em que a suspensão do pátrio poder será parcial.

As causas determinantes da suspensão do poder paternal encontram-se genericamente enunciadas na lei civil e dizem respeito ao abuso de poder do pai ou da mãe para com o filho; falta aos deveres paternos; ou a delapidação dos bens dos filhos (C. Civil, art. 394), bem como pela condenação de qualquer dos pais, por sentença irrecorrível, por crime cuja pena exceda a 2 anos de prisão (C. Civil, art. 394, § único).

O Estatuto da criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.90), assimila as disposições do Código Civil, quanto aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores, que dizem com os deveres recíprocos de ambos os consortes para com a prole, acrescentando mais a "obrigação" de cumprir e fazer cumprir, no interesse dos menores, as determinações judiciais (Estatuto, art. 22) e observando que "a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder" (Estatuto, art. 23).

De tal modo, ressalvada a inovação quanto ao dever de cumprimento das determinações judiciais, que parece afirmar o óbvio, o Estatuto não cria outras causas de suspensão ou de destituição do pátrio poder. Inova apenas no que pertine às sanções e penalidades administrativas prevista no artigo 129, entre as quais figura a de "advertência", imposta aos pais pelo descumprimento de seus deveres.

7. Da destituição e extinção do pátrio poder

Já se viu acima (item 6), que a *suspensão* do pátrio poder é a pena mais branda aplicável ao pai ou à mãe, enquanto a *destituição* é a pena mais grave, operando-se por sentença

judicial. A destituição não era figura prevista na lei civil, mas era admitida pela jurisprudência (RF. 155/224 e RT. 138/203 e RT 169/650), mas agora acaba de ser contemplada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 129, X), para ser aplicada ao lado da suspensão, segundo seja a causa mais grave ou menos grave.

A *destituição* é uma medida imperativa que atinge a toda a prole e tende a ser permanente, embora possa ser o exercício do pátrio poder restabelecido, se desapareceu a causa que a determinou e, transcorridos 5 anos a contar da imposição da sanção, se o genitor punido provar a sua regeneração⁴⁰.

São *causas de destituição* do poder paternal (C. Civil, art. 395), os fatos do pai ou da mãe que: a) castigar imoderadamente o filho; b) deixar em abandono o filho; c) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. Além dessas arroladas pela lei civil, a legislação trabalhista prescreve a perda do pátrio poder para o pai ou à mãe que permitir que o infante ou adolescente trabalhe em locais ou serviços perigosos, ou insalubres, ou prejudiciais à sua moralidade (C.L.T. art. 437 e § único).

Configura-se exaustivo esse elenco de causas determinantes da destituição dos pais do pátrio poder, não se podendo de outras cogitar. Além disso, é preciso que as ditas causas sejam contemporâneas ao pedido de destituição, consoante a jurisprudência, não podendo retroceder a fatos de passado distante, porque o seu estrépido e os seus efeitos maléficos podem já ter sido absorvidos ou superados socialmente⁴¹. Por outro lado, as causas de destituição arroladas acima poderão ensejar a pena suspensão, ao invés da destituição, tudo dependendo da maior ou menor gravidade, que restará à prudente decisão do juiz.

Esses casos de destituição, por seus efeitos, podem ainda redundar em hipóteses de *inibição* do pátrio poder. É que a carga de *cárcera* negativa que eles produzem na esfera dos direitos do menor atingido torna-se *etorquível*, equiparando-se, desse modo, causas extintivas, emergentes de fatos e atos *ndizentes* com a ordem jurídica, não por vedados.

De qualquer maneira, as *causas extintivas* rmais da relação de poder paternal encontram-se também delineadas exaustivamente lei civil. São as seguintes (C. Civil, art. 2); a) a morte dos pais ou dos filhos; b) a *ancipação* do menor, por qualquer das *usas legais*; c) a obtenção da maioridade, *lo implemento de tempo*; e d) pelo *insti*to da adoção. A primeira e a terceira são *usas involuntárias*, pois independem da *ntade* das pessoas intervenientes ativa e *ssivamente* na relação de pátrio poder; a *gunda* e a quarta, no entanto, constituem *em atos voluntários*, dependentes da *vonde* dos pais.

Há que se observar que essas causas *ntintivas* do poder paternal distinguem-se, *tanto* ao aspecto da *licitude*, das causas que *isejam* a destituição (art. 395), pois, enquanto as primeiras resultam de fatos ou atos *edientes* à ordem jurídica, as últimas *re*ltam de atos ou omissões contravenientes ordem legal.

IBLIOGRAFIA

ubry et Rau - Cours de Droit Civil Français, Tome I, aris, 1917.
aio Mário da Silva Pereira - Instituições de Direito ivil, Vol. V, 8ª Edição Forense, Rio, 1991.

Clóvis Bevilacqua - Código Civil Comentado, Vol. II, Ed. Livraria Francisco Alves, Rio, 1917.
Eduardo Espinola - A Família no Direito Brasileiro, Edição Gazeta Judiciária, Rio, 1954.
Emmanuel Vergé et Georges Rippert - Nouveau Répertoire de Droit, Tome III, Ed. Dalloz, Paris, 1949.
Ennecerus, Kipp y Wolff - Tratado de Derecho Civil, trad. esp., Apéndice - Código Civil Aleman (BGB), Bosch Casa Editorial, madrid, 1955.
Eugène Petit - Tratado Elemental de Derecho Romano, trad. esp., Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1970.
Fustel de Coulanges - La Cité Antique, Édition Hachette, Paris, 1881.
Gaetano Scherillo - Corso di Istituzioni di Diritto Romano, Edizione La Goliardica, Milano, sem data.
Gaio - Instituciones, versão bilingüe Latim - Espanhol, Editorial Civitas SA., Madrid, 1985.
Heinrich Lehmann - Derecho de Familia, trad. espanhola, Editorial Revista de Direito Privado, Madrid, 1953.
Henri Capitant - Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile, Librairie Dalloz, Paris, 1950.
J. V. Castelo Branco Costa - O Pátrio Poder, Edição Universitária de Direito - Leued, São Paulo, 1978.
Lafayette Rodrigues Pereira - Direito das Coisas, Edição Freitas Bastos, Rio, 1943.
Louis Josserand - Cours de Droit Civil Positif Français, tome I, Paris, 1930.
Luiz da Cunha Gonçalves - Tratado de Direito Civil, Vol. I, Edição Max Limonad, São Paulo, 1955.
Marcel Planiol - Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome I, Ed. Dalloz, Paris, 1908.
Maria Helena Diniz - Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º Volume, Edição Saraiva, São Paulo 1985.
Orlando Gomes - Direito de Família, 7ª Edição Forense, Rio, 1992.
Paulo Lúcio Nogueira - Estatuto da Criança e do Adolescente comentado, Edição Saraiva, São Paulo, 1991.
Pontes de Miranda - Tratado de Direito Privado, Tomo IX, Edição Borsoi, Rio, 1971.
René Savatier - Cours de Droit Civil, Tome I, Ed. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand Auzias, Paris, 1947.
Silvio Rodrigues - Direito Civil - Direito de Família, volume 6, Edição Saraiva, São Paulo, 1991.
Vittorio Scialoja - Corso di Istituzioni di Diritto Romano, Ed. Anonima Romana Editoriale, Roma, 1934.
Washington de Barros Monteiro - Curso de Direito Civil - Direito de Família, Ed. Saraiva, São Paulo, 1983.

Notas

- 1 Eugène Petit - Tratado Elemental de Derecho Romano, trad. esp., n° 83, pp. 143-144 e nota 2, Ed. Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1970.
- 2 É de Gaio, vertida em língua Vernácula, a seguinte manifestação: "Também estão sob nossa potestas nossos filhos, isto é, os que procriamos dentro do matrimônio. Este direito é próprio dos cidadãos romanos, pois quase não existem povos que tenham um tal poder sobre seus filhos como o que nos temos, e isto é o que o consagrado Adriano declarou em edito que dirigiu aos que pediam para si e para seus filhos a cidadania romana. Não olvido, todavia, que a nação dos gálatas tenha acreditado que os filhos estão sob o poder dos pais" (Instituciones, 55, versão bilingüe latim-espanhol, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985).
- 3 Vittorio Scialoja - Corso di Istituzioni di Diritto Romano, pp. 265-266, Ed. Anonima romana Editoriale, Roma, 1934.
- 4 Sobre o assunto, assim se manifesta Fustel de Coulanges: "Le père est le premier près du foyer; il l'allume et l'entretient; il en est le pontife. Dans tous les actes religieux il remplit la plus haute fonction; il égorge la victime; la bouche prononce la formule de prière qui doit attirer sur lui et les siens la protection des dieux. La famille et le culte se perpétuent par lui; il représente à lui seul toute la série des descendants. Sur lui repose le culte domestique" (La Cité Antique, p. 94, Édition Hachette, Paris, 1881).
- 5 Eugène Petit - Ob. cit., n° 83, pp. 145-147 e notas 4 e 5.
- 6 Sobre o tema, v. Gaetano Scherillo - Corso di Istituzioni di Diritto Romano, Vol. I, § 13, n°s 29-31, pp. 180-201, Edizione La Goliardica, Milano, s/data.
- 7 Silvio Rodrigues - Direito Civil - Direito de Família, vol. 6; n° 147. p. 355, 17ª Edição Saraiva, São Paulo, 1991.
- 8 Silvio Rodrigues - Ob. cit., vol. 6, n° 147, pp. 357-358.
- 9 Emmanuel Vergé e Georges Rippert - Nouveau Répertoire de Droit, tome III, p. 667, Ed. Dalloz, Paris, 1949.
- 10 Sobre a conceituação de pátrio poder à luz da edição originária do Código Civil de 1916, v. Clóvis Bevilacqua - Código Civil Comentado, Vol. II, p. 360, Ed. Livraria Francisco Alves, Rio, 1917.
- 11 Pontes de Miranda - Tratado de Direito Privado, Tomo IX, §§ 974-976, pp. 105-113, Edição Borsoi, Rio de Janeiro, 1971.
- 12 Orlando Gomes - Direito de Família, n° 229, pp. 367-368, 7ª Ed. Forense (4ª tiragem), Rio, 1992.
- 13 Sobre esse tema, v. Maria Helena Diniz - Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º Volume, Direito de Família, p. 270, Ed. Saraiva, São Paulo, 1985.
- 14 Maria Helena Diniz - Ob. cit., Vol. 5º, p. 271.
- 15 Washington de Barros Monteiro - Curso de Direito Civil - Direito de Família, p. 280, Ed. Saraiva, São Paulo, 1983.
- 16 Maria Helena Diniz - Ob. cit., Vol. 5º, p. 271.
- 17 Clóvis Bevilacqua - Código Civil Comentado, Vol. II, p. 361, Edição Livraria Francisco Alves, Rio, 1917.
- 18 Emmanuel Vergé e Georges Rippert - Ob. cit., tomo III, p. 668. O artigo 372 do Código Civil francês tem a seguinte redação: "Art. 372. Pendant le mariage, les père et la mère exercent en commun leur autorité".
- 19 Luiz da Cunha Gonçalves - Tratado de Direito Civil, Vol. I, tomo 1, p. 243, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1955.
- 20 Maria Helena Diniz - Ob. cit., Vol. 5º, pp. 244 e 251.
- 21 Sobre esse tema, v. Paulo Lucio Nogueira - Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, pp. 37 e segs., Edição Saraiva, São Paulo, 1991.
- 22 A respeito do "Conseil de famille" francês, v. René Savatier - Cours de Droit Civil, Tomo I, n°s 473 a 477, pp. 241-243, 2ª Édition, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand - Auzias, Paris, 1947; Emmanuel Vergé e Georges Rippert - Op. cit., Tomo III, p. 669.
- 23 A instituição do Conselho de Família foi regulada pelo BGB alemão, nos §§ 1.858 a 1.881, tendo o primeiro, na versão espanhola, a seguinte redação: "1.858. Um Consejo de Familia debe ser instituido por el Tribunal de tutelas si el padre o la madre legitima del pupilo han ordenado la institución" (Ennecerus, Kipp y Wolff. Tratado de Derecho Civil, trad. esp., apêndice - Código Civil Aleman (BGB), pp. 381-385, Bosch - Casa Editorial, Madrid 1955; Heinrich Lehmann - Derecho de Família, trad. es., pp. 474-475, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953).
- 24 A respeito do castigo moderado que os pais podem infligir aos filhos, v. Washington de Barros Monteiro - Ob. cit., p. 278; Maria Helena Diniz - Ob. cit., vol. 5º, p. 273.
- 25 A opinião é de Pontes de Miranda - tratado, cit., tomo IX, § 979, p. 120.
- 26 Silvio Rodrigues - Ob. cit., Vol. 6, n° 153, p. 365.
- 27 Ennecerus, Kipp y Wolff - Tratado de Derecho Civil, trad. esp., Apêndice Código Civil Aleman (BGB), 37, Bosch - Casa Editorial, Madrid, 1955.
- 28 Silvio Rodrigues - Ob. cit., Vol. 6, n° 153, p. 364.
- 29 Clóvis Bevilacqua - Ob. cit., vol. II, p. 366.
- 30 Eduardo Espinola - A Família no Direito Civil Brasileiro, n° 246, pp. 457-458 e nota n° 20, Edição Gazetária, Rio, 1954.
- 31 Eduardo Espinola - A Família no Direito Civil Brasileiro, n° 246, pp. 457-458 e nota n° 20, Edição Gazetária, Rio, 1954.
- 32 Eduardo Espinola - Ob. cit., n° 246, pp. 457-458, n° 21.
- 33 Lafayette Rodrigues Pereira - Direito das Coisas, Vol. 303, Edição Freitas Bastos, Rio, 1943.
- 34 Aubry et Rau - Cours de Droit Civil Français, tome pp. 119-120, Paris 1917; René Savatier - Cours de Droit Civil, Tomo I, n° 228, pp. 126-127, Ed. R. Pichon - Durand-Auzias, Paris, 1947; Eduardo Espinola - Ob. cit., n° 246, pp. 457-459 e nota n° 23.
- 35 Silvio Rodrigues - Ob. cit., Vol. 5, n° 234, pp. 385-387 e vol. 6, n° 154, pp. 365-367.
- 36 Pontes de Miranda - Tratado de Direito Privado, tomo IX, § 980, p. 125, Editor Borsoi, Rio, 1971; Orlando Gomes - Direito de Família, n° 233, pp. 375-376, 7ª Edição, Forense, Rio, 1991.
- 37 Dispensam a prestação de contas do usufrutuário: Orlando Gomes - Direito de Família, n° 233, p. 375, 7ª Ed. Forense, Rio, 1992; Silvio Rodrigues - Ob. cit., Vol. 6, n° 154, p. 366; Maria Helena Diniz - Ob. cit., Vol. 5, p. 275.
- 38 Exige a prestação de contas do usufrutuário Caio Mário da Silva Pereira - Instituições de Direito Civil, Vol. V, n° 418, p. 239, 8ª Ed. Forense, Rio, 1991.
- 39 Orlando Gomes - Ob. cit., n° 234, pp. 376-377.
- 40 Maria Helena Diniz - Ob. cit., Vol. 5º, pp. 278-279.
- 41 Washington de Barros Monteiro, obra cit., pág. 286; Maria Helena Diniz - Ob. cit., Vol. 5, Direito de Família, pág. 278.